This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 064 909 757

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received DEC 1 3 1926

Digitized by Google

GERMANY

Digitized by Google

Digitized by Google

Nationalökonomie und Jurisprudenz.

Von

H. Dankwardt,

Advocaten zu Rostock.

I.

Begriff, Production, Umlauf der Güter.
Eigenthum des Producenten am Product in der Agricultur-, Manufactur- und Handels-Industrie.

Rostock.

G. B. Leopold's Universitäts-Buchhandlung.
(Ernst Kuhn.)

1857.

Digitized by Google

DEC 13 '28

Digitized by Google

Die vorliegende Arbeit enthält den Versuch eines Fortschritts in der Behandlung des Römischen Rechts. Wir folgen im Allgemeinen der von Kierulff vorgezeichneten Richtung *), halten aber zur Durchführung dieser Theorie die Heranziehung eines neuen Elements für nothwendig. Wenn Kierulff für die Verwirklichung seiner Idee lediglich an das juristische Genie verweist, so liegt hierin eine unbehagliche Allgemeinheit und man fühlt bei dieser maaßlosen Freiheit das Bedürfniß eines festeren und bestimmteren Anhaltspunktes. Diesen bietet nun, meinen wir, eine Wissenschaft, deren Beziehung zur Jurisprudenz und insbesondere zum Civilrecht bisher wenig beachtet ist, — die Nationalökonomik.

Die große Masse der Rechtssätze ist nicht das Product willkührlicher Anordnung, sondern ein Ausfluß des practischen Bedürfnisses, das heißt, eine nothwendige Folge der factischen Verhältnisse des Lebens; das Eindringen in das Wesen der letzteren ist das Eindringen in den Geist des Rechts.

Es gab lange Zeit nur einen einzigen Weg, sich von den factischen Verhältnissen, welche dem Civilrecht zu Grunde liegen, Kenntniß zu verschaffen, den der unmittelbaren Anschauung und Beobachtung. Dieser Weg war mühevoll und führte zu unvollkommenen und unsicheren Resultaten. Die Erscheinungen des Lebens und Verkehrs sind zu mannigfaltig und nehmen täglich

*) Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts. Allgemeine Einleitung.

Digitized by Google

an Verwicklung zu; — der Gesichtskreis des Einzelnen ist zu beschränkt, seine Thätigkeit durch Berufsarbeiten zu sehr in Anspruch genommen. Seine Erfahrungen bleiben daher nothwendig Stückwerk, ein Aggregat wirr durcheinander liegender Einzelheiten ohne inneren Zusammenhang und die Erklärung eines Rechtssatzes aus dem practischen Bedürfniß erscheint mehr als das Ergebniß eines dunklen Gefühls als bewußter Einsicht. Es kann daher nicht befremden, wenn Julian von diesem Standpunkte aus bekennt: Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest*) und Neratius den Rath giebt: Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex iis, quae certa sunt subvertuntur**). Das Studium der Lebensverhältnisse ist jetzt ein eigener Beruf geworden, ihre Erlernung und Darstellung der Gegenstand einer besonderen Wissenschaft.

Die Nationalökonomik ist nicht bloße Statistik. Sie führt ihre auf dem Wege der Beobachtung gewonnenen Erfahrungen auf Principien und diese auf ein höchstes Princip zurück, und entwickelt wiederum die Erscheinungen des Lebens als nothwendige Folgen aus bestimmten Voraussetzungen. Sie setzt also den einzelnen Juristen in den Stand, sich ein klares, vollständiges und geordnetes Bild der factischen Verhältnisse des Lebens zu verschaffen: — Alles umher, scheinbar ein unendliches Chaos, verliert durch sie den Character des Zufälligen und vereinigt sich bis in die kleinsten Einzelheiten zu einem großen geregelten Getriebe, bewegt durch die Urkraft des menschlichen Egoismus. Sie führt also, wenn das Recht seiner größten Masse nach durch die factischen Verhältnisse des Lebens hervorgerufen ist, den

*) L. 20 D. de legg. (1. 3.)

**) L. 21 eod.

Digitized by Google

Juristen in den Geist des Rechts ein, zeigt ihm die Vollkommenheit und Mangelhaftigkeit der Rechtsinstitute und deckt ihm die Lücken seiner Rechtsquellen auf *).

Diesen Dienst leistet die Nationalökonomik der Jurisprudenz nicht bloß für die Erscheinungen und das Recht der Gegenwart, sondern auch der Vergangenheit. Was das Römische Recht betrifft: so gelangt man ohne sie schwerlich zu einem wahren Verständniß desselben. Indem sie nachweist, daß die Völker des modernen Europas in ihrer gesellschaftlichen Organisation eine zwiefache Periode durchlebt haben, — die der Isolirtheit des Einzelnen in seinen ökonomischen Verhältnissen und die der Arbeitstheilung, jede mit ihrem eigenthümlichen Rechtszustande, als nothwendiger Folge der Verschiedenheit der factischen Verhältnisse, — führt sie zu der Untersuchung und Entdeckung, daß auch das Römische Volk diese beiden Zustände durchgemacht hat, und wirft somit ein helles Licht auf die Begriffe: Jus civile und jus gentium. Die Römischen Juristen irren, wenn sie meinen, das jus civile sei ein jus proprium Romanorum; unsere heutigen Juristen irren, wenn sie meinen, das jus gentium enthalte das allgemein menschheitliche Element im Gegensatz zu dem eigenthümlich nationalen des Römischen Volks und

*) Wir verstehen hier unter Nationalökonomik also nicht die wissenschaftlichen Bestrebungen, deren Aufgabe ist, das Ideal einer besten Volkswirthschaft auszuarbeiten, sondern die Wissenschaft, welche zur Aufgabe hat: „die einfache Schilderung der wirthschaftlichen Natur und Bedürfnisse des Volks, der Gesetze und Anstalten, welche zur Befriedigung der letzteren bestimmt sind, endlich des größeren oder geringeren Erfolges, den sie gehabt haben, also gleichsam die Anatomie und Physiologie der Volkswirthschaft. Dies sind lauter Dinge, welche auf dem Boden der Wirklichkeit stehen, welche mit den gewöhnlichen Operationen der Wissenschaft bewiesen oder widerlegt werden können, welche entweder schlechthin wahr oder schlechthin falsch sind, und deshalb im ersteren Falle nicht eigentlich antiquiren." Roscher System der Volkswirthschaft Bd. 1. § 25. 26.

Digitized by Google

habe seinen Ursprung in dem Verkehr mit den Peregrinen. Das jus civile war eine nothwendige Folge des gesellschaftlichen Zustandes, es mußte fallen mit der Veränderung dieses Zustandes und das jus gentium hätte sich entwickelt, auch wenn der Römische Staat hermetisch verschlossen gewesen wäre, wie das Japanische Reich. *) Die Nationalökonomik entwickelt, wie mit

*) Das jus gentium ist der Complex von Rechtsinstituten, welche eine unmittelbare oder mittelbare Folge der Arbeitstheilung sind. Sie finden sich bei allen civilisirten Völkern, denn die Arbeitstheilung ist die Quelle aller Cultur. Es bedarf hiernach kaum der Bemerkung, daß jus civile und jus gentium keineswegs durchweg Gegensätze sind, welche sich einander in allen Theilen ausschließen. Das jus civile characterisirt sich als ein für die Periode der Arbeitstheilung unvollkommenes Recht und diese Unvollkommenheit besteht theils in seiner Dürftigkeit, theils in der schleppenden Form des Rechtslebens. Das jus civile gehört ferner der Periode der Uncultur an und characterisirt sich daher in einzelnen Theilen (Sclavenrecht, Familienrecht, Erbrecht) durch seine Rohheit. Das jus gentium bereichert nun das dürftige jus civile mit neuen Rechtsinstituten und Rechtssätzen, nimmt also insoweit das jus civile in sich auf; andererseits entfernt es lästige Formen und bringt der Rohheit gegenüber die Grundsätze der Sittlichkeit zur Geltung. Insoweit bilden das jus civile und jus gentium Gegensätze. Jenes ist das formelle Recht der Rohheit, dieses das formlose jus aequum et bonum. Da das jus gentium das Recht der Cultur ist: so folgt, daß es nicht bloß dem Privatrecht angehört, sondern auch das öffentliche Recht durchdringt. Die Römer classificirten die Rechtsinstitute ursprünglich nach dem rein äußeren Merkmal der factischen Uebereinstimmung im Rechte aller Völker und so kam es, daß die Sclaverei zu den Instituten des jus gentium gerechnet wurde. Erst als sich eine Wissenschaft der Jurisprudenz gebildet hatte, fühlte man, daß das jus gentium ein inneres Merkmal habe, daß jene Uebereinstimmung nicht eine rein factische und zufällige sei, sondern, daß jene Institute bei allen civilisirten Völkern gelten müßten. Allein sie waren unfähig, dieses dunkle Gefühl in einen klaren Begriff umzuwandeln. Alle ihre Aussprüche über diesen Punkt sind Nichts als Worte: naturalis ratio, natura, jus naturae, jus naturale, lex naturae, lex naturalis, naturalis aequitas u. a. m. So suchten die Römischen Juristen, wie Jeder, welcher nicht begriffsmäßig zu entwickeln vermag, was er fühlt, den fehlenden Begriff durch Reichhaltigkeit des Ausdrucks zu ersetzen. Es gereicht ihnen dies nicht zum Vorwurf; denn sie entbehrten des Hülfsmittels, welches zur Entwicklung jenes Begriffs durchaus unentbehrlich

Digitized by Google

dem Eintreten des Römischen Volks in die Periode der Abeits-theilung eine Reihe von Rechtsinstituten nothwendig wurde; sie unterstützt uns in der Auffindung ihres Begriffs; sie zeigt uns, indem sie die volkswirthschaftliche Veranlassung eines Instituts darlegt, den Weg, seinen oft dunklen und verdeckten Ursprung zu entdecken; sie weist auf die Unvollkommenheit seines Anfangs hin, und setzt, indem sie das Ziel der Rechtsentwickelung enthüllt, in den Stand, der allmähligen Ausbildung eines Rechts-Instituts, Schritt für Schritt nachzuspüren und zu erkennen, ob seine Entwickelung mit Justinian vollendet oder nur abgebrochen sei. So führt sie zu einer wirklich innern Geschichte des Römischen Rechts. Für die Rechtsinstitute, welche durch die Römischen Juristen ausgebildet sind, giebt sie uns den richtigen Begriff über die Natur ihrer Thätigkeit. Sie hatten es einerseits mit der Auslegung des Willens zu thun, im Uebrigen war ihre Function mehr eine nationalökonomische, als eine juristische. Ihre Virtuosität bestand in der Auslegung des Willens und in der Construction des präsumptiven Willens. Wir lesen mit Bewunderung ihre Sätze über den Einfluß der Motive bei Rechtsgeschäften, des Irrthums, des dolus und metus, und staunen über die Gründlichkeit und Genauigkeit, mit welcher sie bis ins feinste Detail die präsumptive voluntas der Contrahenten und des Testators entwickeln. Und diese Interpretation war nicht bloßer Tact, sondern wirkliche und scharfsinnige Deduction. Nur, weil

---

ist, — und unser Verdienst ist eben nicht sehr hoch anzuschlagen, wenn wir im Besitz jenes Hülfsmittels, jetzt im Stande sind, ihnen das, was sie dunkel fühlten, begriffsmäßig zu demonstriren. Vgl. Dirckſen im Rhein. Mus. Erst. Jahrg. Erst. Heft. S. 1—50. Puchta das Gewohnheitsrecht. Erst. Theil. §. 24—44. — Die Richtigkeit der von uns gegebenen Begriffsbestimmung läßt sich nur durch die innere Geschichte der Rechtsinstitute beweisen und wir hoffen, diesen Beweis durch die gegenwärtige Arbeit und die ferneren Abhandlungen, welche wir folgen zu lassen gedenken, vollständig zu führen.

Digitized by Google

uns ihre Studien als ein geistlos geordneter Haufen von Ueberresten vorgelegt ist, geräth der oberflächliche Jurist in die Gefahr, dies zu verkennen. Dagegen war die nationalökonomische Seite ihrer Thätigkeit aus sehr begreiflichen und nahe liegenden Gründen ihre schwache Seite. Es gab keine Wissenschaft der Nationalökonomik; ihre Ansichten über Zweckmäßigkeit waren Nichts als mechanischer Tact des gesunden Verstandes, der oft das Richtige glücklich traf, oft aber auch irrte. Ihre Reflexionen über practisches Bedürfniß wurden stets hervorgerufen durch eine Calamität, welche sich in den socialen Zuständen ihrer Zeit offenbarte, und da sie nicht befähigt waren, im Wege wissenschaftlicher Operationen den eigentlichen Sitz des Uebels zu erkennen, so waren sie in ihren Ansichten und in ihren Maaßregeln oft fehlsam und unvollkommen. Hier liegt das eigentliche Feld der Meinungsverschiedenheiten der Römischen Juristen und diese Quelle der Controversen wurde noch durch ein nothwendiges Uebel verstärkt. Wo das practische Bedürfniß in Widerspruch mit dem bestehenden Recht trat und intelligente Juristen die Nothwendigkeit eines neuen Rechtssatzes einsahen, da blieb ihnen, um diesen zur Geltung zu bringen, Nichts übrig, als durch eine feine und täuschende Deduction nachzuweisen, daß dieser Rechtssatz mit dem bestehenden Rechte durchaus im Einklang stehe. Ein Kampf entspann sich mit den Juristen, welche auf dem Boden des positiven Rechts standen und Scharfsinn genug besaßen, um das Truggewebe zu zerreißen. Aber die große Masse mittelmäßiger Köpfe schuf dann, halb überzeugt und halb getäuscht eine armselige media sententia, welche die herrschende wurde. Für diese Partien des Römischen Rechts ist uns die Nationalökonomik eine vortreffliche Führerin. Sie lehrt uns das Wesen der Ansicht eines Römischen Juristen von ihrer juristischen Rechtfertigung unterscheiden und die

Digitized by Google

schiefe Richtung erkennen, welche die Entwickelung eines Rechtsinstituts dadurch nimmt, daß man das Wesen derselben übersah und die juristische Deduction verfolgte. Sie deckt die Irrthümer der Römischen Juristen auf und bezeichnet unter den verschiedenen Meinungen die richtige. Die Nationalökonomik befähigt uns somit zu der Untersuchung, welche die letzte Entwicklungsstufe eines jeden Rechtsinstituts, d. h. — was als wirklich *Justinianeisches Recht* zu betrachten sei.

Nicht minder wichtig ist diese Wissenschaft für die Frage nach dem Umfang der Anwendbarkeit des Römischen Rechts in Deutschland. Sie allein führt uns zur richtigen und bestimmten Beantwortung der Frage, was vom Römisch Justinianeischen Recht in Deutschland recipirt sei. Es gilt, *weil es*, und gilt also nur *soweit* es in dem Rechtsbewußtsein des Deutschen Volkes wurzelt, das heißt, soweit seine factischen Voraussetzungen noch vorhanden sind, *und* das practische Bedürfniß, aus welchem die Rechtssätze einst entsprungen sind, noch existirt; denn nur insoweit kann begreiflich von einer Ueberzeugung des Deutschen Volkes, daß das Römische Recht gelten müsse, die Rede sein. Die Nationalökonomik allein giebt über beide Requisite die nöthigen Aufschlüsse. Auch das Deutsche Volk, sehen wir, hat die Periode der wirthschaftlichen Isolirtheit des Einzelnen durchlebt und ist mit der Erbauung der Städte zur Arbeitstheilung übergegangen. Auch die Deutschen hatten daher ihr jus civile; — es wurde aus demselben Grunde, wie bei den Römern unbrauchbar und aus demselben Grunde wie bei den Römern regte sich in Deutschland das Bedürfniß nach einem — jus gentium. Aber man war der Mühe überhoben, es sich selbst zu entwickeln. Das Römische Recht lag fertig da; man lernte es kennen und wandte es an. Indem man aber im blinden Eifer *alles* Römische Recht für practicabel hielt, zwang man der

Digitized by Google

Deutschen Nation Rechtssätze auf, deren sie nicht bedurfte, ja, die mit ihren Zuständen im schneidendsten Widerspruch standen. Die Nationalökonomik bezeichnet nun diesen unpractischen Theil des Römischen Rechts, das heißt, die Rechtssätze, deren factische Voraussetzungen fehlen oder für welche das practische Bedürfniß entweder nie vorhanden war oder verschwunden ist.

Endlich dürfte diese Wissenschaft der heutigen Theorie für die Anordnung und Darstellung des Civilrechts einen wesentlichen Dienst leisten. Weil sie die Rechtssätze aus den Lebensverhältnissen erklärt, diese aber wieder auf allgemeine Gesetze zurückführt, so entwickelt sie gleichzeitig die Principien des Civilrechts und scheint uns daher allein zu einem wirklichen System des Civilrechts zu führen. Vielleicht gelingt es mit ihrer Hülfe, das große Problem der Verschmelzung der beiden Disciplinen, des gemeinen Civilrechts und des Deutschen Privatrechts zu lösen.

Wir haben mit dem schwierigsten Theil unserer Aufgabe begonnen, indem wir versuchten, auf einem kleineren Gebiet Sätze des Römischen, Deutschen und partikularen Rechts zu einem practischen System zu verschmelzen und wählten zu diesem Zweck eine Materie, deren factische Verhältnisse Jedermann bekannt sind und daher keine besonderen Studien erforderten, — das Gesinderecht. Der weitere Schritt war der Versuch, an einem wichtigen Institut des Römischen Rechts — der negotiorum gestio, die volkswirthschaftliche Veranlassung zu entdecken, eine innere Geschichte desselben zu geben, und dann mit Abstreifung des gesammten Römischen Gewandes die anwendbaren Sätze in einem eigenen practischen System darzustellen. Wir wagten es nicht, den besonderen wissenschaftlichen Zweck, den wir uns gesetzt hatten, offen auszusprechen; vielleicht hat Niemand ihn erkannt, ja es hat nicht an Juristen gefehlt, welche

Digitized by Google

dem Gesinderecht den untergeordneten Rang einer bloßen Zusammenstellung particularer Rechtssätze anzuweisen sich bemühten. Jetzt sagen wir, gestützt auf eine gewichtige Autorität der neuesten Zeit ohne Scheu heraus, was wir wollten, und gehen, ermuthigt durch den Ausspruch Roschers *): „In zahllosen Fällen giebt uns die Rechtswissenschaft nur das äußerliche Wie; erst die Nationalökonomik fügt das tiefere Warum hinzu", — ungesäumt an neue Experimente. Wir verhehlen uns die Kühnheit des Unternehmens nicht, zwei so bedeutende Wissenschaften als bloße Factoren zur Gewinnung wissenschaftlicher Resultate zu combiniren; wir gestehen, daß uns Roschers Worte: „Einen wirklichen rechtshistorisch nothwendigen Zusammenhang (der Rechtssätze) einzusehen, bedarf es schon sehr tiefer Kenntniß" schwer auf die Seele gefallen sind. Allein wir meinen, daß schon der Versuch, in der angedeuteten Richtung zu wirken, ein Gewinn ist und schöpfen Beruhigung in dem Gedanken, daß wissenschaftliches Streben selbst schwächerer Kräfte bei wissenschaftlichen Männern stets seine Anerkennung gefunden hat.

Rostock, November 1856.

D. V.

*) System der Volkswirthschaft Bd. 1. § 16. Note 5.

Digitized by Google

I.

Begriff, Production, Umlauf der Güter und das Eigenthum des Producenten am Product in der Agricultur-, Manufactur- und Handels-Industrie.

Die Theorie des Civilrechts zeigt in der Lehre von der Specification und dem Fruchterwerbe noch erhebliche Mängel. Die Quelle derselben liegt in der Unklarheit über die Begriffe: Güter, Umlauf der Güter, Production der Güter, — und in der Nichtbeachtung des Umstandes, daß der Uebergang des Römischen Volks von dem Zustande wirthschaftlicher Isolirtheit des Einzelnen zur Arbeitstheilung einen wesentlichen Einfluß auf die Beantwortung jener Eigenthumsfrage äußern mußte. In neuerer Zeit hat von Scheurl[1]) sich das Verdienst erworben, auf den engen Zusammenhang hinzuweisen, in welchem jene beiden bisher getrennten Materien miteinander stehen; aber eine unklare Vorstellung über das Wesen der Production hat verhindert zu erkennen, daß dieselbe Eigenthumsfrage, welche in der Agricultur- und Manufactur-Industrie hervortritt, uns ebenfalls auf dem Gebiete der Handels-Industrie begegnet.

[1]) Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts. Heft 2. Nr. XI. Erlangen 1852.

Digitized by Google

Wir werfen zunächst die Fragen auf: Was sind Güter? Was ist Production der Güter? Was ist Umlauf der Güter? — und wenden uns dann zur Erörterung der Eigenthumsfrage.

Die Bedürfnisse der Menschen sind unendlich mannigfaltig; ebenso die Dinge, welche zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse dienen. Man bezeichnet diese Befriedigungsmittel mit dem Ausdruck „Güter." Dem entspricht der Römische Ausdruck „bona." Naturaliter, sagt Ulpian, bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est, beatos facinut; beare est prodesse [2]). Bedürfnisse können entstehen und verschwinden; darin liegt die Relativität des Begriffs Gut [3]). Gegenstände, welche bisher keine Güter waren, können es werden und Gegenstände, welche bisher Güter waren, können aufhören es zu sein. Man denke an Gutta Percha und Reliquien. Manche Bedürfnisse erfordern zu ihrer Befriedigung ein körperliches Object, andere nicht. So lassen sich materielle und immaterielle Güter unterscheiden.

Mit der Entstehung der Idee des Eigenthums zerfallen die materiellen Güter in zwei Classen. Es giebt Dinge, welche durch die Größe ihres Umfanges die exclusive Herrschaft des Einzelnen ausschließen. Weil sie in unermeßlicher Fülle vorhanden sind und daher Jedem zur Benutzung offen stehen, nannten die Römer sie res omnium communes [4]). Es werden dahin gerechnet: aer, aqua profluens, mare et per hoc litora maris. Den Gegensatz bilden die res singulorum. Die Grenze, welche durch die Anordnung der Natur gezogen wird, verändert sich durch die Vereinigung der Menschen zur Gesellschaft. Von den res singulorum, welche an sich

---

[2]) L. 49. D. d. V. S. (50. 16.)

[3]) Roscher System § 1.

[4]) L. 2. D. d. divis. rer. (1. 8.)

Digitized by Google

Gegenstand des Privateigenthums sein können, scheidet eine Anzahl von Sachen aus, woran nothwendig den Gliedern der Gesellschaft (Staat, Gemeinde) die Benutzung zustehen muß, mithin Niemandem die exclusive Herrschaft zustehen kann. Die Römer nannten diese Sachen **res quae in publico usu habentur** [5]).

Außerdem kann die Rücksicht der Pietät und der öffentlichen Wohlfahrt die Zahl der **res singulorum** noch mehr verringern. So schlossen die Römer die **res sacrae, sanctae und religiosae** [6]) aus.

Das Wesen dieser Güter, welche für das Privateigenthum übrig bleiben, besteht darin, daß sie Gegenstand des Austausches sein können und einen Tauschwerth haben. Beide Merkmale werden von den Römern hervorgehoben, indem sie sagen: **earum commercium est** [7]) und **recipiunt aestimationem** [8]).

Der Complex von Gütern, welche der exclusiven Herrschaft eines Einzelnen unterworfen sind, heißt sein Vermögen. Es sind ursprünglich nur körperliche Gegenstände, und Vermögen ist ursprünglich identisch mit Eigenthum an Sachen. Das Recht hat aber neben diesen körperlichen Vermögensobjecten eine Anzahl immaterieller Bestandtheile des Vermögens geschaffen [9]) und ihnen die Güterqualität beigelegt. Insofern sagt Ulpian,

---

[5]) L. 6. pr. D. d. contrah. empt. (18. 1.)

[6]) L. 1. pr. 6. § 3. 4. D. d. div. rer. (1. 8.) L. 8. pr. 9. § 3. 4. l. 11. eod.

[7]) cit. l. 6. pr. D. d. contrah. empt.

[8]) L. 9. § 5. D. d. divis. rer. (1. 8.)

[9]) Diese ideellen Vermögensbestandtheile sind allmählig entstanden. Da sie ferner rein positiver Natur sind, so ergiebt sich, daß bei einem Volke juristische Güter vorkommen können, welche sich bei einem andern nicht finden. Bei den Deutschen waren Rechte aus Reallasten und Erbverträgen juristische Vermögensbestandtheile, bei den Römern nicht.

Digitized by Google

könne man von einer civilis bonorum appellatio reden; solche Dinge, welche an sich keine Güter seien, gelten als Güter: — in bonis nostris computantur; — bonis nostris adnumerantur[10]). Ihre Güter-Qualität besteht darin, daß sie Gegenstand des Austausches sein und einen Tauschwerth haben können. Als solche juristischen Bestandtheile des Vermögens werden genannt: die bonae fidei possessio, ea quae superficiaria sunt, actiones, petitiones, persequutiones,[11]) die hereditas, die obligatio; ferner auch die jura praediorum urbanorum et rusticorum, weil sie in und mit dem praedium dominans übertragbar sind, und, insofern sie den Tauschwerth des praedium dominans erhöhen, selbst einen Tauschwerth haben; endlich auch trotz seiner absoluten Unübertragbarkeit, der usus-fructus, weil er die Quelle übertragbarer und tauschfähiger Güter sein kann[12]). Wenn die Römischen Juristen auch die spes zu den Gütern rechnen[13]) und ihr einen Tauschwerth beilegen, so ist dies Nichts als eine juristische Erfindung, um die analoge Behandlung eines gewagten Geschäfts nach den Grundsätzen der emptio venditio zu rechtfertigen; denn die spes ist ein ideelles Ding, das sich nicht übertragen läßt, also auch keinen Tauschwerth haben kann. Da jene bona civilia Nichts als rechtliche Fictionen sind, Dinge, welche nur in der Idee existiren: so nennt Gajus sie passend res incorporales.

Der Maaßstab für die Größe eines Guts ist der Werth, dieser beruht in[14]) der anerkannten Brauchbarkeit des Guts, und man sagt von einem Gut, welches anerkannt brauchbar ist,

---

[10]) L. 49. D. d. V. S. (50. 16.)

[11]) Ulp. in l. 49. cit.

[12]) Gaj. in l. 1. D. d. divis. rer. (1. 8.)

[13]) L. 8. § 1. D. d. contrah. empt. (18. 1.)

[14]) Roscher a. a. O. § 4.

Digitized by Google

es habe Werth. Der Werth eines Guts ist das Quantum anderer Güter, welche man dafür eintauschen kann. Es eignet sich also jede Güter-Art, den Werth eines Guts zu bestimmen. Den besten, wenn auch nicht vollkommenen Werthmesser bilden die edlen Metalle, welche in dieser Eigenschaft Geld heißen. Auch die Römer bedienten sich seit den frühesten Zeiten dieses Werthmaaßstabes und zwar ursprünglich des Kupfers, aes; aestimatio war daher die allgemeine Bezeichnung des Werths eines Guts[15]).

Es läßt sich der Werth eines Guts nur bestimmen mit Rücksicht auf eine bestimmte Zeit und einen bestimmten Ort. Der Werth eines Guts ist daher relativ und kann nach Zeit und Ort verschieden sein. Der allgemeine durchschnittliche Werth eines Guts, welcher sich für eine bestimmte Zeit an einem bestimmten Ort durch das Verhältniß von Angebot und Nachfrage bildet, ist der Marktwerth des Guts. Davon verschieden ist der Preis, den man für ein Gut wirklich bekommt. Er beruht auf Neigung und Bedürfniß dessen, dem das Gut angeboten wird. Beides: Marktwerth und Preis bezeichnen die Römer durch pretium; die Unterscheidung beider Begriffe geben sie durch eine Umschreibung. So Paulus[16]): — quem tu magno emptum velles — — quanti omnibus valeret. Die Subjectivität des Preises und die Objectivität des Werthes unterscheidet Sextus Pedius[17]), indem er sagt: Pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum sed communiter funguntur.

Es ergiebt sich aus dem bisher Gesagten, daß man bei den

---

[15]) Roscher a. a. O. § 119. Note 3.

[16]) L. 33. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)

[17]) cit. l. 33.

Digitized by Google

Gütern von ihrer concreten Form und Gestalt absehen und sie sich ganz abstract als Werthe, ebenso das Vermögen als einen Complex von Werthen denken kann. Die Römer haben für Güter und Vermögen in dieser Abstractheit den Ausdruck pecunia. Wollen sie einen Werth in der Form des Geldes ausdrücken, so sagen sie pecunia numerata[18]).

Der eigentliche Inhalt der Güter liegt in ihrem Werthe, nicht in ihrer zufälligen Gestalt und Form. Diese Anschauung finden wir auch bei den Römischen Juristen. Sie zeigt sich in ihrem Grundsatz: Judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sed aestimata re pecuniam eum condemnat[19]); sie zeigt sich in ihren actiones arbitrariae[20]), sie tritt hervor in dem Prinzip ihres Obligationenrechts, daß Verpflichtungen ohne Werth nichtig seien[21]).

Diese Betrachtung führt auf die Begriffe: Entstehung und Untergang von Gütern. Kein Atom Materie kann neu entstehen, kein Atom Materie verschwinden. Die Entstehung eines Guts ist daher Entstehung eines Werths, der Untergang eines Guts Untergang eines Werths. Ein Gut ist daher auch untergegangen, wenn es durch irgend ein Ereigniß unkenntlich geworden und somit des Austausches unfähig gemacht ist[22]). Da das Wesen des Werths in der Brauchbarkeit besteht, so ist Entstehung und Untergang von Gütern in concreto: Entstehung und Untergang von Brauchbarkeiten. Die Entstehung eines

---

[18]) Gaj. III. § 124. l. 178. pr. l. 222. D. d. V. S. (50. 16.): Pecuniae nomine omnes res, tam soli quam mobiles et tam corpora quam jura continentur.

[19]) Gaj. IV. 48.

[20]) Tit. Dig. d. in lit. jur. (12. 3.)

[21]) L. 9. § 2. D. d. statulib. (40. 7.)

[22]) L. 78. D. d. solut. (46. 2.)

Digitized by Google

Guts heißt Melioration, wenn ein bereits vorhandenes Gut durch Veränderung eine höhere Brauchbarkeit und also einen höheren Werth erhält; der Untergang eines Guts heißt Deterioration, wenn ein Gut durch Veränderung eine geringere Brauchbarkeit und somit einen geringeren Werth bekommt. Neu entstandene Werthe nennen die Römer fructus. Fructus rei est, sagt Javolenus, vel pignori dare licere [23]). Gleichwohl beachten sie bei der Veränderung körperlicher Gegenstände nicht immer die Entstehung eines neuen Werths und schließen daher Dinge vom Begriff der fructus aus, welche unzweifelhaft darunter fallen.

Die absichtliche Erzeugung eines Werths heißt Production. Die beiden wesentlichen Factoren, welche vereinigt sein müssen, um einen Werth hervorzubringen, sind Arbeit und Capital. Man nennt sie daher Productiv-Kräfte und die Dienste, welche sie dem Producenten leisten, Productiv-Dienste. Bei jeder Production werden Werthe geopfert, welche demnächst in dem Werth des Products zurückerstattet werden [24]). Solche Werthe, welche von ihrem Inhaber aufbewahrt werden, um zu späterer Erzeugung von Werthen zu dienen, heißen Capitale [25]). Sie können in der verschiedensten Form erscheinen und bestimmte Arten von Productionen können bestimmte Formen des Capitals erfordern. Manche Capitalgegenstände haben den Zweck, einer bestimmten Production fortwährend zu dienen, also nur langsam verbraucht zu werden. Man hat sie daher auch stehendes Capital genannt; andere haben die Bestimmung, bei der Production vollständig vernichtet zu werden; — sie heißen laufende Capitale. Diese nennen die Römischen In-

---

[23]) L. 49. D. d. usur. (22. 1.)

[24]) Diese consumirten Werthe sind die Productions-Kosten.

[25]) Roscher a. a. O. § 42.

Digitized by Google

risten res quae usu consumuntur[26]). Zum stehenden Capital gehören[27]): Grundstücke, Gebäude, Werkzeuge, Arbeitsvieh u. s. w.; zu dem laufenden: Rohstoffe, baares Geld ꝛc. Jene bedürfen der Reparatur, diese der Ergänzung; beides geschieht aus den Werthen der Producte. Eine Ergänzung des laufenden Capitals kann begreiflich nur durch Herbeischaffung einer gleichen Menge eintreten, welche sich nach Zahl, Maaß oder Gewicht bestimmt. Diese Capitalgegenstände heißen daher bei den Römern: res, quae pondere, numero, mensura consistunt[28]). Um die Möglichkeit einer solchen Ergänzung auszudrücken, kann man mit den Römern von diesen Gegenständen sagen: in genere suo functionem recipiunt[29]).

Die Productionshandlungen sind unendlich verschieden. Die gewöhnliche, freilich unvollkommene, aber doch über die meisten Industrie-Zweige eine Uebersicht gewährende Eintheilung ist die in Agricultur-, Manufactur- und Handels-Industrie. Es ist merkwürdig, daß die Römischen Juristen, während sie doch das, was man Capital- und Grund-Rente nennt, als pensio und usurae mit unter die fructus begreifen[30]), was die Industrie-Rente anbetrifft, den Begriff der Production auf die Agricultur beschränken und nicht mit auf andere Arten productiver Arbeit, namentlich nicht auf die Thätigkeit des Fabricanten und Kaufmanns ausdehnen[31]). Nirgends findet

---

[26]) Dig. VII. 5.

[27]) Eine genauere Classification dieser Capitalgegenstände siehe bei Roscher a. a. O.

[28]) L. 2. § 1. D. d. reb. credit. (12. 1.)

[29]) cit. 1. 2.

[30]) L. 34. D. d. usuris (22. 1.) l. 39. § 1. D. de legatis I. (30.)

[31]) Ganz der Römischen Anschauung entsprechend, haben in der Nationalökonomik die sog. Physiokraten die Lehre aufgestellt, daß nur die Landwirthschaft ein productives Gewerbe sei.

Digitized by Google

sich eine Andeutung, daß sie ein Fabricat oder die Werthe, welche der Kaufmann durch seine Industrie producirt, als fructus bezeichnet hätten.

Wo die beiden Productivkräfte (Arbeit und Capital) getrennt sind, ist ihre Vereinigung zur Production wesentlich nothwendig. Sie geschah ursprünglich in Rom, wie in Deutschland, durch Gewalt: servitus; später unter freien Menschen durch Association, und seit der Erfindung und Einführung des Geldes auch im Wege der Unternehmung.

Der Arbeiter kann sich den Dienst des Capitals, der Capitalist sich den Dienst der Arbeit verschaffen. In dem ersteren Falle ist der Arbeiter, in dem letzteren Falle der Capitalist der Unternehmer. Diese Art der Vereinigung von Arbeit und Capital characterisirt sich dadurch, daß der Unternehmer die alleinige Gefahr tragen, dafür aber auch allein den Gewinn der Production haben will.

Es können aber auch Arbeiter und Capitalist sich vereinigen, um ihre beiderseitigen Productivkräfte zur Erzeugung eines gemeinschaftlichen Werths zusammen wirken zu lassen. So, wenn beide (socii) geringere Gefahr laufen, dafür aber auch mit einem geringeren Gewinn sich begnügen wollen. Daher ist die Association, in welcher der eine socius nur Gefahr läuft und keine Aussicht auf Gewinn hat, societas leonina, keine Association. Die Römischen Juristen, welche über den Begriff der Production von Werthen und über die dabei wirkenden Productivkräfte noch nicht zur Klarheit gekommen waren, haben für diese societas keinen besonderen Namen. Sie verschwindet unter dem Gattungsbegriff societas lucri, quaestus, compendii. Gleichwohl fühlten sie, daß ein gleicher Beitrag an Capital von beiden Seiten nicht wesentlich sei. So erklärt Ulpian: Societas autem coiri potest inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, quum

Digitized by Google

plerumque pauperior suppleat opera, quantum ei per comparationem patrimonii deest. Und Papinian [32]) kennt die reine Verbindung von Arbeit und Capital als societas. Im dritten Buch seiner Responsa erwähnt er folgenden Fall: Inter Flavium Victorem et Vellicum Asianum placuerat, ut, locis emptis, pecunia Victoris, monumenta fierent opera et peritia Asiani, quibus distractis pecuniam Victor cum certa quantitate reciperet, superfluum Asianus acciperet, qui operam in societatem contulit. Ueber das Verhältniß consultirt, entscheidet er, es sei dies allerdings ein societas, — erit pro socio actio.

Diese Association zum Zwecke der Production von Werthen, welche wir Productiv-Gesellschaft nennen wollen, kann lediglich ein einzelnes Productionsgeschäft beabsichtigen oder den fortgesetzten Betrieb einer Production als Gewerbe. Im ersteren Falle sprechen die Römischen Juristen von einer soc. unius rei, im letzteren von einer soc. negotiationis alicujus. Theilt man die Productionszweige in Agricultur-, Manufactur- und Handels-Industrie, so ist die Productiv-Gesellschaft eine Agricultur- [33]), Manufactur- [34]) oder Handels- [35]) Gesellschaft.

---

[32]) L. 52. § 7. D. pro socio (17. 2.)

[33]) Colonia partiaria. L. 25. § 6. D. loc. cond. (19. 2.); partiarius colonus quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. Vgl. Plin. 9. Epist.: Partiarius colonus est, qui non pecuniam praestat locatori, sed fructuum partem. Das Wesen dieser societas besteht darin, daß von der einen Seite der fundus, von der andern die Arbeit geleistet wird. Wer das übrige nöthige Capital, das sog. Inventarium- und Betriebs-Capital zu conferiren hat, ist durch Interpretation des Vertrages zu finden. Wird in dem Vertrage der Theil, der das Grundstück herzugeben hat, Verpächter genannt, so ist als stillschweigende Meinung anzunehmen, daß er Nichts als den Fundus zu conferiren habe.

[34]) Flavius Victor und Vellicus Asianus in cit. L. 52. § 7. D. pro socio.

[35]) Das Römische Recht erwähnt der Handelsgesellschaften besonders

Digitized by Google

Selten kommt die Productiv-Gesellschaft in der hier gedachten Reinheit und Einfachheit vor; selten wird von der einen Seite die bloße Arbeit, von der andern das bloße Capital geleistet und es erscheint daher sehr natürlich, wenn man, durch die gewöhnliche Erscheinung des Lebens verleitet, an Papinian [36]) die Anfrage richtete: ob denn die Verbindung der bloßen Arbeit mit dem bloßen Capital auch als eine societas zu betrachten sei. Dennoch bildet die Productiv-Gesellschaft in dieser Einfachheit die Grundlage für die Beurtheilung der gewöhnlich vorkommenden Modificationen.

Mit dieser Productiv-Gesellschaft ist nicht zu verwechseln jene societas lucri zwischen mehreren selbstständigen Producenten, welche, ohne irgendwie zusammenzuwirken, den beiderseitigen Ertrag zusammenwerfen und theilen wollen. Solche Gesellschaften haben oft den Zweck, ein Productions-Geschäft bestimmter Art an einem Orte zu monopolisiren d. h. die Inconvenienzen und Nachtheile der sonst unter den Producenten eintretenden Concurrenz zu beseitigen. Eine solche societas erwähnt Paulus von zwei Grammatikern: Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo arctificio quaestus fecissent, commune esset [37]).

Ferner ist die Productiv-Gesellschaft zu trennen von einer Association, welche nicht die Vereinigung der beiden Productiv-Kräfte Arbeit und Capital, sondern die Herstellung bloß des einen oder andern Factors in der nöthigen Stärke, — durch Vereinigung entweder einzelner Arbeits-Kräfte miteinander oder einzelner Capitalien miteinander bezweckt.

---

im Titel pro socio (17. 2.) de exercitoria actione (14. 1.), und de institoria actione (14. 3). Thöl Handelsrecht § 34. Note 2.

[36]) cit. 1, 52. § 7.

[37]) L. 71. pr. D. pro socio (17. 2.)

Digitized by Google

So kommen neben der Productiv-Gesellschaft mitunter Arbeiter-Vereine und sehr häufig Capital-Vereine vor. Letztere bilden sich regelmäßig dann, wenn es sich um Productionen handelt, welche ein Capital von bedeutender Stärke erfordern. Die Gesellschaft heißt eine Actien-Gesellschaft, wenn mehrere Capitalisten sich vereinigen, von denen Jeder eine Quote oder mehrere Quoten (Actien) des erforderlichen Gesammt-Capitals herzugeben sich anheischig macht. Dieser Verein von Capitalisten verbindet sich dann, um das beabsichtigte Product z. B. eine Eisenbahn, ein Schiff ꝛc. zu erzielen mit dem nöthigen Arbeitsfactor nicht im Wege der Association, sondern der Unternehmung.

Alle diese Begriffe, welche hier eben von einander geschieden und gegeneinander abgegrenzt sind, liegen bei den Römischen Juristen noch in größter Unklarheit durcheinander. Ein schlagendes Bild dieser chaotischen Unordnung liefert Ulpian in den Worten: **Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negatiationis alicujus sive vectigalis sive etiam rei unius** [38]).

Zur Production gesammter Güter, welche eine Staatsgesellschaft für einen bestimmten Zeitraum nöthig hat, ist ein doppeltes Verfahren möglich. Entweder producirt der Einzelne für sich oder es producirt der Einzelne für die Gesellschaft und verschafft sich durch Tausch, was er bedarf. Jenes ist der Zustand wirthschaftlicher Isolirtheit, dieses der der Arbeitstheilung. Beide Zustände hat die Römische Staatsgesellschaft erlebt.

In der Periode der wirthschaftlichen Isolirtheit des Einzelnen giebt es keinen Verkehr. Der Uebergang von Vermögensobjecten von einer Hand in die andere beschränkte sich auf das

---

[38]) L. 5. § 1. D. eod.

Digitized by Google

Darlehen nothwendiger Consumptibilien und auf den spärlichen Austausch des Ueberflusses der durch Selbstproduction gewonnenen Consumptionsgegenstände. Mit dem Eintritt der Arbeitstheilung gewinnt der Tausch an Bedeutung und seine Wichtigkeit wächst, je weiter sie sich ausbildet. Mehr und mehr wird Jeder in die Nothwendigkeit versetzt, viele, — die meisten, — alle Gegenstände, deren er benöthigt ist, durch Austausch sich zu verschaffen. Die Unzulänglichkeit des directen Tausches ruft dann das Bedürfniß nach einem allgemeinen Tauschmittel hervor. Als Geld sind bei den verschiedenen Völkern verschiedene Gegenstände benutzt; von den Römern die Metalle, ursprünglich Kupfer, dann Silber, dann Gold. Die Kupfer-Circulation findet sich bei den Römern schon früh. Ursprünglich wurde das Geld gewogen, dann traten Münzen an die Stelle von aes und libra; das erste Silbergeld ist in Rom 269 v. Chr., und 62 Jahre später sind die ersten Goldmünzen geprägt [39]). Mit der Einführung und Verbreitung des Geldes tritt der Tausch in den Hintergrund; daher denn auch seine verkümmerte Gestalt im Justinianeischen Rechte. Statt seiner wird im Verkehr ein Surrogat herrschend: die venditio et emptio. Man verkauft und kauft, nimmt also zwei Geschäfte vor, um einen directen Tausch, dessen Realisirung unmöglich oder schwierig sein würde, zu effectuiren. Diese Veränderung der Dinge im Römischen Verkehr wird trefflich von dem Juristen Paulus gezeichnet in dem berühmten Fragment 1. pr. D. d. contrah. empt. (18. 1.): Origo emendi vendendique a permutationibus coepit; olim enim non ita erat numus, neque aliud merx aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando ple-

[39]) Roscher a. a. O. § 119.

Digitized by Google

rumque evenit, ut, quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, quum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque sed alterum pretium vocatur. Die Römische Jurisprudenz hat sich bemüht, den Begriff der emptio venditio festzustellen und eine scharfe Grenze zwischen ihr und dem Tausch zu ziehen. Wir begegnen hier einer Controverse zwischen den Sabinianern und Proculejanern, welche uns Paulus in cit. l. 1. § 1. D. d. contrah. empt. mittheilt. Man warf die Frage auf: Ob Münzen wesentlich zur emptio venditio gehörten? An sine numis venditio dici quae poesit? Sabinus und Cassius erklärten dies Requisit für unwesentlich, beriefen sich auf Homer, welcher das Griechische Heer für Kupfer, Eisen und Sclaven Wein kaufen lasse und gründeten hierauf den Schluß: Si ego togam dedi, ut tunicam acciperem, esse emtionem et venditionem. Sie leugneten also jeden Unterschied zwischen Tausch und Kauf. Nerva und Proculus waren der entgegengesetzten Ansicht und erklärten das fragliche Geschäft für Tausch: permutationem, non emtionem hoc esse. Paulus schließt sich den Proculejanern an, indem er meint, daß beide Geschäfte sich wesentlich von einander unterscheiden. Vendere und emere, venditor und emptor, merx und pretium seien ganz verschiedene Begriffe, während sich beim Tausch ein characteristisches Merkmal weder an den Contrahenten noch an den gegenseitigen Leistungen unterscheiden lasse. Paulus unterläßt nur jene Unterschiede, welche er beim Kauf findet, näher zu bestimmen. Die Sache verhält sich also: Wer verkauft, will ein

Digitized by Google

Tauschmittel, wer kauft, will eine Waare, d. h. einen Gegenstand, welcher kein Tauschmittel ist. Der Begriff des pretium ist ein positiver, der der merx ein negativer, — jede Sache, die nicht als Tauschmittel gilt. Emtio und venditio sind zusammen ein Surrogat des directen Tausches; wer direct tauschen kann, hat nicht nöthig, erst zu verkaufen, dann einzukaufen und so den beabsichtigten Tausch zu realisiren. Die Tauschmittel sind nun bei den verschiedenen Völkern und zu verschiedenen Zeiten verschieden gewesen; es kann daher ein und dasselbe Geschäft bei einem Volke Tausch, bei einem andern Kauf, und was früher Kauf war, jetzt bei demselben Volke Tausch sein. Dies übersehen die Sabinianer. Es folgte durchaus nicht, daß ein Geschäft, welches für Homer und seine Zeit Kauf war, deshalb auch für ihre Zeit in Rom Kauf sein mußte. Zur Zeit des Sabinus und Cassius war lediglich Metall-Geld das allgemeine Tauschmittel in Rom und numi gehörten daher wesentlich zum Begriff der emptio venditio. Heut zu Tage besitzen wir noch andere Tauschmittel und damit hat das Metallgeld aufgehört ein wesentliches Requisit des Kaufs für uns zu sein.

Wir haben vorhin gesehen, daß die Römischen Juristen eine nur unvollkommene und beschränkte Vorstellung von dem gehabt haben, was mit dem Ausdruck Production bezeichnet worden ist. Hierin liegt die Ursache, weshalb sie niemals allgemein für alle diejenigen Fälle, wo sich ein producirter Werth an einem körperlichen Gegenstande darstellt, die Frage: über das Eigenthum des Producenten am Product aufgeworfen, sondern diese Eigenthumsfrage besonders für den Landmann, besonders für den Fabricanten und besonders für den Handel erörtert haben. Die Eigenthumsfrage nimmt auf allen drei Gebieten ihren selbständigen Gang; dennoch sieht man — aus Gründen, welche sich volkswirthschaftlich leicht begreifen

Digitized by Google

— überall dieselbe Richtung nach demselben Ziele hin. Aber auf allen drei Gebieten ist die Rechtsentwickelung mit Justinian abgebrochen und auf dem einen Gebiete weniger als auf dem andern der Vollendung nahe gerückt. So liefert denn die Justinianeische Compilation hier ein trübes Bild der Zerrissenheit. Man hat sich bisher nicht die Mühe genommen, den historischen Zusammenhang der uns hinterlassenen Römischen Fragmente zu ergründen, und auf diesem Wege festzustellen, was hier als Justinianeisches Recht zu betrachten sei, vielmehr sich begnügt, einen künstlichen Justinianeischen Willen herauszubringen, und ist dabei sehr natürlich auf zahlreiche Controversen gerathen. Man wird in der That bestürzt, wenn man erfährt, daß dieser Knäuel von Fragmenten mit allen Controversen geltendes Recht in Deutschland, ja gar in das Deutsche Volksbewußtsein übergegangen sein soll. Wir versuchen es hier, den Entwickelungsgang der Eigenthumsfrage auf jenen drei Gebieten der Industrie zu entdecken, das historische Verhältniß der Römischen Fragmente zu einander aufzuhellen und so den eigentlichen Standpunkt des Justinianeischen Rechts in dieser Materie darzulegen. Dies dürfte der einzige Weg sein, um zu einer befriedigenden Lösung der Frage zu gelangen, was die heutige Theorie in dieser Materie als geltendes Recht zu betrachten habe. — Wir beginnen mit einem Satze, der bereits oben erörtert ist.

Das Vermögen ist ein Complex von Werthen. Die Production des Vermögens besteht also in der Erzeugung von Werthen. Wo dieser Werth sich an einem körperlichen Gegenstande manifestirt, da besteht die Erzeugung dieses Werths in der Umwandlung eines gegebenen Stoffes. In der Manufactur-Industrie unterscheidet man die Begriffe Rohstoff, Production und Fabricat. Die Römer haben dafür die Bezeich-

Digitized by Google

nung materia, species, ex materia speciem facere oder fabricare [40]).

Da alle Fabrication nur Umformung ist, indem das Fabricat ja eine Substanz hat, der Mensch aber unfähig ist, auch nur ein Atom Materie zu vernichten oder zu schaffen: so folgt aus dem Begriffe des Eigenthums mit nothwendiger Consequenz, daß der Eigenthümer des Rohstoffs Eigenthümer des Fabricats bleibt.

In der älteren Zeit der Römischen Staatsgesellschaft konnte man kein Bedürfniß nach einer Abänderung dieses Rechtszustandes fühlen. Jeder war mit seinen ökonomischen Verhältnissen isolirt; die Bedürfnisse des Einzelnen erhoben sich wenig über das absolut Nothwendige und Jeder producirte mit Hülfe der Familie und der Sclaven fast [41]) Alles, was er bedurfte. Die Rohstoffe zu den häuslichen Fabricaten (Speisen, Kleidungsstücken, Mobiliar, Geräthschaften ꝛc.) waren meistens originär erworben und ein Fabricat aus fremden Rohstoffen gehörte gewiß zu den größten Seltenheiten. Die wenigen Fälle, in welchen ein solches Versehen vorkam, gaben keine hinlängliche Veranlassung, die Anwendung der reinen Consequenz des Eigenthums in Zweifel zu ziehen. Es ist daher Nichts natürlicher, wenn sich im älteren Römischen Recht über die Frage: wer an einem Fabricat aus fremdem Rohstoffe das Eigenthum habe? nicht die geringste Spur findet.

Anders gestaltete sich die Sache, als in Rom Theilung der Arbeit entstand, — jene gesellschaftliche Ordnung, in welcher der Einzelne weniger für sich als für die Gesellschaft

---

[40]) § 25. J. d. rer. divis. (2. 1.)

[41]) Kriegsbeute, — Erwerb durch Tausch, der aber nur spärlich vorkam. Unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat. L. 1. pr. D. d. contrah. empt. (18. 1.)

Digitized by Google

producirt und alle oder den größten Theil seiner Consumptionsgegenstände durch Tausch erwirbt. Als einzelne Industriezweige sich entwickelten und eine eigentliche Manufactur-Industrie ins Leben trat, da wurde jene Rechtsfrage von großer und allgemein praktischer Bedeutung. Die Rohstoffe wurden jetzt meistens derivativ im Wege des Kaufs erworben; der Gewerbtreibende konnte nie mit Bestimmtheit wissen, ob er Eigenthümer oder nur bonae fidei possessor der Rohstoffe geworden; sie bis zur Beendigung der Usucapion zu lagern war unmöglich, dazu gehörte ein enormer Verlag und überdies konnten ja die Sachen der Usucapion entzogen sein; die ewige Furcht vor der Vindication des Fabricats mußte den Gewerbsmann hindern, sein Geschäft in größerem Maßstabe zu treiben. Die strenge Eigenthumstheorie war eine Calamität geworden: sie fesselte den Unternehmungsgeist und hinderte das Aufblühen der Industrie. Dessen ungeachtet hielt man noch zu Augustus Zeit fest an dieser starren Consequenz; noch Labeo entschied: Wenn in einer Purpurfärberei fremde Wolle verarbeitet worden sei, so sei dies für den Eigenthümer der Wolle so gleichgültig, als wenn die Wolle in den Schmutz gefallen und dadurch ihre ursprüngliche Farbe verloren habe [42]).

Man darf es nicht auffallend finden, wenn die Gesetzgebung, welche bei viel geringeren Anlässen eine bedeutende Energie entwickelt hatte, unterließ, dieser so wichtigen Angelegenheit ihre Aufmerksamkeit zuzuwenden, ja, wenn selbst das Edict schwieg. Denn man hatte keine Ahnung von den Wahrheiten, welche gegenwärtig die Wissenschaft der Nationalökonomik enthüllt hat;

---

[42]) L. 26. § 3. D. d. A. R. D. (41. 1.): Si meam lanam infeceris purpura, nihilominus meam esse, Labeo ait, quia nihil interest inter purpuram, et eam lanam, quae in lutum aut coenum cecidisset atque ita pristinum colorem perdidisset.

Digitized by Google

— nur in der Beraubung fremder Völker sah man das alleinige Mittel zum Nationalreichthum und fühlte durchaus nicht die Nothwendigkeit, das Emporkommen eines zahlreichen Gewerbestandes zu fördern. Dennoch erkannten einige Männer, daß das Institut der Usucapion nicht genüge, daß die Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse einen weiteren Bruch in die Consequenz des Eigenthums erfordere, und versuchten unter dem Schein juristischer Deduction neue Rechtssätze in die Praxis zu bringen, welche dem Bedürfnisse entsprachen. Man wird in der That überrascht, wenn man findet, daß die Proculejaner einen Grundsatz aufstellten, dessen Wahrheit und Nothwendigkeit für die salus publica erst von einer ganz jungen Wissenschaft nachgewiesen ist[43]). Nerva und Proculus traten mit der Behauptung hervor: dem Fabricanten stehe unbedingt und in jedem Falle das Eigenthum am Fabricat zu. Quum quis ex aliena materia speciem aliquam fecerit, hunc dominum esse, qui fecerit[44]).

Sabinus und Cassius ergriffen, sei es aus Parteieifer gegen die feindliche Schule, sei es weil sie die Nothwendigkeit des Satzes nicht einsahen, sei es endlich, weil sie glaubten, den streng juristischen Standpunkt nicht verlassen zu dürfen, dagegen Opposition, vertheidigten die bisherige Theorie und die Proculejaner sahen sich genöthigt zu einer juristischen Spitzfindigkeit zu greifen, um die Deduction der Sabinianer zu widerlegen. Sie behaupteten, daß bei jeder Fabrication eine Vernichtung des Rohstoffes einträte, das Fabricat also eine res nullius sei, welche durch Occupation Eigenthum des Fabricanten würde: — quia quod factum est, antea nullius fuerat[45]). Allein die Sabinianer

[43]) Vgl. Roscher Grundlagen der Nationalökonomik § 77. Note 2.
[44]) L. 7. § 7. D. eod.
[45]) cit. l. 7. § 7. D. eod.

Digitized by Google

ließen sich nicht täuschen. Mit Recht erwiderten sie: Wenn bei der Fabrication der Rohstoff untergehe, woher denn die Substanz komme, aus welcher das Fabricat bestehe? Der Eigenthümer des Rohstoffs bleibe Eigenthümer des Fabricats: quia sine materia nulla species effici possit[46]).

Es hat auf die Entwicklung dieser Rechtsmaterie einen höchst nachtheiligen Einfluß ausgeübt, daß die Proculejaner sich in die Nothwendigkeit versetzt sahen, ihre de jure condendo richtige und durchaus zeitgemäße Ansicht juristisch zu rechtfertigen und daß man das Wesen der Proculejanischen Ansicht verkennend, lediglich ihre juristische Deduction, welche offenbar falsch war und nur in den Fällen, in welchen sich der Rohstoff bis zur Unkenntlichkeit verändert, einen großen Schein von Wahrheit für sich hatte, für das Wesen der Sache hielt. Dies hatte zunächst die Folge, daß die Proculejanische Theorie nur theilweise zur Geltung kam. Die Unrichtigkeit der factischen Voraussetzung ihrer Deduction — Vernichtung des Rohstoffs — lag bei manchen Fabricaten auf offener Hand, namentlich bei Fabricaten aus Metallen und man mußte daher die Sabinianische Ansicht für dieses kleine Gebiet stehen lassen. So wurde eine ganze Klasse von Gewerben, insbesondere die Metallarbeiter, gegen alle übrigen rechtlich zurückgesetzt. Eine andere Folge war umgekehrt die Absurdität, daß die Proculejanische Theorie auch dem malae fidei possessor des Rohstoffs, ja selbst dem Diebe, zu Statten kam. Denn ist Occupation hier der Grund des Eigenthumserwerbs, so ist außer Zweifel, daß auch der Dieb durch Specification das Eigenthum erwirbt. Eine weitere Folge endlich war die Nothwendigkeit, zwischen den beiden Gebieten der nebeneinander bestehenden Ansichten eine feste

---

[46]) cit. l. 7. § 7.

Digitized by Google

— nur in der Beraubung fremder Völker sah man das alleinige Mittel zum Nationalreichthum und fühlte durchaus nicht die Nothwendigkeit, das Emporkommen eines zahlreichen Gewerbestandes zu fördern. Dennoch erkannten einige Männer, daß das Institut der Usucapion nicht genüge, daß die Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse einen weiteren Bruch in die Consequenz des Eigenthums erfordere, und versuchten unter dem Schein juristischer Deduction neue Rechtssätze in die Praxis zu bringen, welche dem Bedürfnisse entsprachen. Man wird in der That überrascht, wenn man findet, daß die Proculejaner einen Grundsatz aufstellten, dessen Wahrheit und Nothwendigkeit für die salus publica erst von einer ganz jungen Wissenschaft nachgewiesen ist[43]). Nerva und Proculus traten mit der Behauptung hervor: dem Fabricanten stehe unbedingt und in jedem Falle das Eigenthum am Fabricat zu. Quum quis ex aliena materia speciem aliquam fecerit, hunc dominum esse, qui fecerit[44]).

Sabinus und Cassius ergriffen, sei es aus Parteieifer gegen die feindliche Schule, sei es weil sie die Nothwendigkeit des Satzes nicht einsahen, sei es endlich, weil sie glaubten, den streng juristischen Standpunkt nicht verlassen zu dürfen, dagegen Opposition, vertheidigten die bisherige Theorie und die Proculejaner sahen sich genöthigt zu einer juristischen Spitzfindigkeit zu greifen, um die Deduction der Sabinianer zu widerlegen. Sie behaupteten, daß bei jeder Fabrication eine Vernichtung des Rohstoffes einträte, das Fabricat also eine res nullius sei, welche durch Occupation Eigenthum des Fabricanten würde: — quia quod factum est, antea nullius fuerat[45]). Allein die Sabinianer

[43]) Vgl. Roscher Grundlagen der Nationalökonomik § 77. Note 2.
[44]) L. 7. § 7. D. eod.
[45]) cit. l. 7. § 7. D. eod.

Digitized by Google

ließen sich nicht täuschen. Mit Recht erwiderten sie: Wenn bei der Fabrication der Rohstoff untergehe, woher denn die Substanz komme, aus welcher das Fabricat bestehe? Der Eigenthümer des Rohstoffs bleibe Eigenthümer des Fabricats: quia sine materia nulla species effici possit[46]).

Es hat auf die Entwicklung dieser Rechtsmaterie einen höchst nachtheiligen Einfluß ausgeübt, daß die Proculejaner sich in die Nothwendigkeit versetzt sahen, ihre de jure condendo richtige und durchaus zeitgemäße Ansicht juristisch zu rechtfertigen und daß man das Wesen der Proculejanischen Ansicht verkennend, lediglich ihre juristische Deduction, welche offenbar falsch war und nur in den Fällen, in welchen sich der Rohstoff bis zur Unkenntlichkeit verändert, einen großen Schein von Wahrheit für sich hatte, für das Wesen der Sache hielt. Dies hatte zunächst die Folge, daß die Proculejanische Theorie nur theilweise zur Geltung kam. Die Unrichtigkeit der factischen Voraussetzung ihrer Deduction — Vernichtung des Rohstoffs — lag bei manchen Fabricaten auf offener Hand, namentlich bei Fabricaten aus Metallen und man mußte daher die Sabinianische Ansicht für dieses kleine Gebiet stehen lassen. So wurde eine ganze Klasse von Gewerben, insbesondere die Metallarbeiter, gegen alle übrigen rechtlich zurückgesetzt. Eine andere Folge war umgekehrt die Absurdität, daß die Proculejanische Theorie auch dem malae fidei possessor des Rohstoffs, ja selbst dem Diebe, zu Statten kam. Denn ist Occupation hier der Grund des Eigenthumserwerbs, so ist außer Zweifel, daß auch der Dieb durch Specification das Eigenthum erwirbt. Eine weitere Folge endlich war die Nothwendigkeit, zwischen den beiden Gebieten der nebeneinander bestehenden Ansichten eine feste

[46]) cit. l. 7. § 7.

Digitized by Google

Grenze zu ziehen, d. h. eine Grenze zwiſchen zwei Gebieten, welche nur in der Einbildung exiſtirten. Man warf die in ſich widerſinnige Frage auf: Wann denn eine wirkliche Vernichtung des Rohſtoffes und folgeweiſe eine nova species vorhanden ſei? — und entſchied: Dies ſei dann der Fall, wenn der Rohſtoff aus dem Fabricat nicht wieder herzuſtellen ſei. So bildete ſich denn zwiſchen den beiden extremen Anſichten die vermittelnde Meinung, welche von Gajus vertreten wird: Est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt; si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit, ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti vel aeris reverti potest, vinum vero vel oleum vel frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad mel et vinum vel emplastrum aut collyria ad medicamenta reverti possunt [47]). Nur meint Gajus, daß das Ausdreſchen fremden Getraides gar nicht hieher gehöre, weil ſich dieſe Thätigkeit nicht als Specification auffaſſen laſſe, d. h. nicht als Verarbeitung eines Rohſtoffes zu einem Product; — es werde nur ein bereits vorhandenes Product von ſeiner Hülſe getrennt. Videntur tamen mihi recte quidam dixisse, non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum ejus sit, cujus et spicae fuerunt, quum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit.

Die ſpätere Jurisprudenz ſchloß ſich an die media sententia an. Man ſah nicht ein oder wollte nicht einſehen, daß eine media sententia unmöglich ſei und man nur die Wahl habe

[47]) cit. l. 7. § 7. D. eod.

Digitized by Google

zwischen dem streng juristischen Standpunkt der Sabinianer und dem rein reformatorischen der Proculejaner. Man bemühte sich vielmehr die media sententia präciser zu fassen und zu demonstriren, was doch einmal nicht zu demonstriren war, daß für eine ganze Klasse von Fabricaten die Proculejanische Ansicht eine juristische Wahrheit sei. So erklärt Paulus [48]): Es gebe Fabricationen, bei welchen der Rohstoff vollständig bleibe und nur seine äußere Gestalt ändere z. B. wenn aus Erz eine Statue, aus Silber ein Becher gefertigt würde; in diesen Fällen könne mithin eine Aenderung des Eigenthums nicht Statt finden. Dagegen gebe es aber Fabricationen, bei welchen der Rohstoff untergehe (non maneret) und ein ganz neuer Gegenstand als Fabricat entstehe, und hier bekomme der Fabricant das Eigenthum am Fabricat. So, wenn aus fremdem Bauholz ein Schiff, aus fremder Wolle ein Kleid gefertigt wäre [49]). Aber dies ist Nichts als Täuschung. Auch hier bleibt der Rohstoff und ändert nur die Form. Dadurch, daß man dem Dinge einen besonderen Namen giebt, wird der Rohstoff nicht vernichtet. Es liege hier nicht mehr Tannenholz und Wolle, sondern ein tannenes Schiff und ein wollenes Kleid vor, sagt Paulus; aber ist denn nicht auch in jenen Fällen eine eherne Statue und ein silberner Becher entstanden? Es war noch die besondere Frage aufgeworfen worden: Wie zu entscheiden sei, wenn ein Fabricat theils aus eigenem und theils aus fremdem Stoffe hergestellt sei? die Sabinianer entscheiden consequent, daß eine

---

[48]) L. 24. 26. D. d. A. R. D. (41. 1.)

[49]) In l. 12. § 3 D. ad exhib. (10. 4), wo Paulus sagt: quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est, meint er also nicht das formell-juristische Eigenthum, sondern das Eigenthum im materiellen Sinne d. h. den Werth desselben.

Digitized by Google

Aenderung im Eigenthum nicht einträte, also im Falle der Untrennbarkeit Miteigenthum pro indiviso am Fabricat entstehe. Pomponius scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam[50]) existimasse, id quoque communicari[51]). Die Proculejaner mußten consequent dem Fabricanten das alleinige Eigenthum am Fabricat zusprechen. Die media sententia gab mit gleicher Consequenz da, wo eine Wiederherstellung des Rohstoffs aus dem Fabricat unmöglich war, dem Fabricanten das ausschließliche Eigenthum am Fabricat, da aber, wo die Wiederherstellung des Rohstoffs eintreten konnte, Miteigenthum am Fabricat, — pro diviso oder pro indiviso, je nachdem aus dem wiederhergestellten Rohstoffe wiederum die Eigenthums-Antheile vollständig geschieden werden konnten oder nicht. So Pomponius nach dem Berichte Ulpian's: Sed puto verius, ut et ipse significat, ejus potius esse (mulsum), qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet. Sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia diduci possit, nec communicabitur, nec communi dividundo agetur, quia separari possit; agetur autem in rem actione. Sed si diduci, inquit, non possit, utputa si aes et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum. Nec quaquam erit dicendum, quod in mulso dictum est, quia utraque materia, etsi confusa, manet tamen[52]).

Den letzten Act der Entwickelung dieser Rechtsmaterie enthalten die Institutionen Justinian's[53]). Hier wird ganz gegen die media sententia und gegen die in den Digesten ausge-

---

[50]) Daß diese „quidam" die Sabinianer sind, bedarf keines Beweises, da die hier angeführte Entscheidung eine reine Consequenz ihrer Theorie ist.

[51]) L. 5. § 1. d. R. V. (6. 1.)

[52]) cit. l. 5. § 1. D. eod.

[53]) § 25. J. d. rer. divis. (2. 1.) in f.

Digitized by Google

sprochene Ansicht der Juristen, im Einklange mit der Theorie der Proculejaner dem Specificanten schlechtweg und ohne weitere Unterscheidung das Eigenthum an der species gegeben, wenn sie theils aus eigenem, theils aus fremdem Rohstoff gearbeitet ist [54]). Nachdem als Regel die oben angegebene Mittelmeinung hingestellt ist, heißt es weiter: Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit; dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit. Zu beachten ist der eigenthümliche Grund, welcher zur Rechtfertigung dieser Singularität angeführt wird: quum non solum operam suam dedit, sed et partem ejus materiae praestavit, indem hier zum ersten Mal für die Entscheidung der Eigenthumsfrage Gewicht auf die Arbeit des Specificanten gelegt wird. Man sieht hieraus, daß man schon zu Justinian's Zeit versuchte, das eigentliche Wesen der Proculejanischen Theorie zur Geltung zu bringen, ihre juristische Deduction mit ihren nachtheiligen Folgen für die weitere Rechtsentwickelung zu verlassen und die Arbeit des Specificanten als Titel des Eigenthumserwerbs aufzufassen. Justinian hält aber fest an der bestehenden juristischen Theorie. Die bloße Arbeit, will er sagen, könne keinen Anspruch auf das Eigenthum an der species geben, aber in dem Falle wo nicht bloß die Arbeit, sondern auch noch ein Theil des Rohstoffes geliefert sei, wolle er eine Ausnahme von der Regel gestatten.

Für diejenigen Fabricationen, in welchen durch bloße Verbindung zweier Sachen miteinander ein neues Product

---

[54]) Thibaut § 743. Mühlenbruch 252. Wening § 129.

Digitized by Google

hergestellt wird, stellen die Römischen Juristen ganz andere Grundsätze zur Regulirung der Eigenthumsfrage auf. Es erscheint dies auf den ersten Blick nicht wenig befremdend. Denn es läßt sich doch nicht leugnen, daß, wer die Oden des Horaz abschrieb, aus einem Rohstoff (Papier und Tinte) ein neues Product verfertigte, und es ist kein Grund ersichtlich, warum der Abschreiber rechtlich anders gestellt werden sollte, wie der, welcher aus Wein und Honig mulsum bereitete. Allein die Sache scheint sich folgendermaßen historisch zu erklären. Zu jener Zeit, als sich rücksichtlich der Specification die Ansichten der Sabinianer und der Proculejaner noch nicht gegenüberstanden, und der Grundsatz galt, daß Niemand sein Eigenthum an einer Sache dadurch verlieren könne, daß ein Anderer aus ihr ein neues Product verfertigte, galt consequent auch ohne Zweifel der Satz, daß Niemand sein Eigenthum an einer Sache dadurch verlieren könne, daß sie mit einer fremden in Verbindung gebracht worden. Die Statuirung eines Miteigenthums pro diviso oder pro indiviso erschien nun unpractisch und führte offenbar zu großen Inconvenienzen. Man fühlte das Bedürfniß, daß da, wo die Trennung unthunlich war, Einer von den Interessenten sein Eigenthum verlieren und sich mit dem Werthe begnügen müsse, — entschied, daß das Eigenthum an der Hauptsache das an der Nebensache nach sich ziehen müsse, und stützte sich, da diese Entscheidung rechtlich begründet werden mußte, auf die Analogie des bereits bestehenden Satzes: superficies cedit solo. Jetzt trat Proculus mit seiner neuen Theorie auf: Quum quis ex aliena materia speciem fecerit, hunc dominum esse, qui fecerit; aber dieser Satz konnte die Accessionstheorie, welche sich einmal festgesetzt hatte, um so weniger verdrängen, als die von Proculus aufgestellte Deduction seines Satzes auf die Fälle der Accession nicht paßte; vielleicht hat Proculus

Digitized by Google

selbst, in der Idee seiner Zeit befangen, jene Accessionsfälle unter seinem Satz nicht subsumirt. So bestand denn für die Fabrication aus fremden Rohstoffen neben der Specification die Accessionstheorie. Die weitere Entwickelung der letzteren bestand natürlich in der festeren Begrenzung der schwankenden Begriffe von Haupt- und Nebensache, wobei es unter den Juristen zu manchem Streit und zu seltsameu Resultaten kam. Das Papier sei die Hauptsache, sagt Gajus, und wenn mit goldenen Buchstaben darauf geschrieben wäre! Der Grund ist, weil der Satz superficies cedit solo den Haltpunkt giebt und das Schreiben auf Papier dem Bauen oder Säen auf Grund und Boden gleiche. Litterae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea, quae aedificantur aut seruntur[55]). Consequent mußte man dasselbe für Gemälde behaupten und dies geschah auch von einigen Juristen[56]); allein diese Consequenz wurde aufgegeben, weil — sie zu lächerlichen Resultaten führte. Ridiculum est enim picturam Appellis aut Parrhasii vilissimae tabulae cedere[57]). Auffallend ist dabei, daß man nicht bedachte, daß der erstere Satz über Schrift und Papier bei künstlerischen und wissenschaftlichen Werken ebenfalls zu Absurditäten führen müsse, und mit Recht findet daher Gajus hierin eine unbegreifliche Inconsequenz: — cujus diversitatis vix idonea ratio redditur[58]). Beim Schiff erklärte man den Kiel als Hauptsache[59]), weil im Beihalt des normgebenden Satzes: superficies cedit solo der

---

[55]) L. 9. § 1. D. d. A. R. D. (41. 1.)

[56]) § 34. J. d. rer. divis. (2. 1.): — Quidam putant picturam tabulae cedere.

[57]) cit. § 34. eod.

[58]) Gaj. II. 78.

[59]) L. 61. D. d. R. V. (6. 1.)

Digitized by Google

Kiel dem Grund und Boden, der übrige Theil des Schiffes dem Gebäude gleichzustellen war. Auf dieselbe Weise kam man zu der Entscheidung, daß das Gewebe die Hauptsache sei gegenüber der Verzierung [60]), indem man das Einweben fremden Purpurs dem Einstreuen fremder Saat verglich.

Es ist bereits vorhin bemerkt worden, daß diese Gestaltung der Sache einen Rechtszustand hervorrief, in welchem ganze Klassen von Industriezweigen gegen andere rechtlich und factisch benachtheiligt wurden. Der Bildhauer war nie sicher gegen die Vindication der Statue, der Silberarbeiter nie sicher gegen die Vindication des Bechers, während der Weber unbesorgt die eingekaufte Wolle verarbeitete und seines Fabricats d. h. der Früchte seiner Arbeit und seines Capitals sicher sein konnte. Die Folgen dieses Rechtszustandes liegen auf der Hand. Wer hätte Lust gehabt, Statuen zu verfertigen, wer die Bücher des Livius abzuschreiben, wenn er Gefahr lief, Capital und Arbeit einzubüßen? Die Nothwendigkeit forderte also, wenn nicht einzelne Industriezweige gänzlich verkümmern sollten, eine Hülfe durch das Recht, und, da man sich bei der bekannten Zähheit der Römischen Juristen im Festhalten des einmal Vorhandenen von der bestehenden Theorie nicht trennen wollte, so blieb Nichts übrig, als dem Fabricanten ein Retentionsrecht und eine exceptio doli gegen den Vindicanten zu geben, um ihn indirect gegen Schaden zu sichern [61]). Dadurch war die Rechtsungleichheit gemildert, aber nicht beseitigt. Denn die Furcht vor Conflicten und Rechtsstreitigkeiten rücksichtlich der ver-

---

[60]) § 26. J. d. rer. divis. (2. 1.)

[61]) Gaj. II. 77. itaque si eos libros easque membranas petam nec inpensam scripturae solvam, per exceptionem doli mali summoveri potero. L. 9. § 1. D. d. A. R. D. utique si bona fide eorum possessionem nactus sim.

Digitized by Google

arbeiteten Stoffe blieb noch immer ein lästiger Druck für jene benachtheiligten Industriezweige.

Die Justinianeische Complication giebt uns in den Digesten und Institutionen das vorstehende Material. Die heutige Theorie nimmt als den Justinianeischen Willen an, daß hinsichtlich der eigentlichen Specification die erwähnte media sententia mit der Modification des Gajus rücksichtlich des Ausdreschens fremden Getraides die richtige sei und daneben die oben erörterte Accessionstheorie bestehe, — und erklärt diesen Justinianeischen Willen für geltendes Recht in Deutschland. Nach unserer Ansicht kümmert uns der Wille Justinian's überall nicht. Wir halten uns berechtigt, jene Aeußerungen des Römischen Rechts lediglich als wissenschaftliche Erörterungen einer für uns practischen Rechtsfrage anzusehen, die einzelnen Meinungen der Römischen Juristen zu prüfen, das historisch Zufällige von dem Wesen zu trennen und unbekümmert um den Geschmack und die Einsicht des Kaisers Justinian die Ansicht desjenigen Juristen zu wählen, welche die richtige ist, das heißt, ihrem Inhalte nach unseren gesellschaftlichen Verhältnissen entspricht [62]). Demnach sind wir der Meinung, daß die oben besprochene Veränderung des gesellschaftlichen Zustandes in Rom die strenge Eigenthumstheorie der Sabinianer unpractisch machte und die entgegenstehende Theorie der Proculejaner practisches Bedürfniß war, daß es aber ihrer fehlsamen juristischen Deduction nicht gelang, ihren neuen Rechtssatz für alle Industriezweige zur Geltung zu bringen und dadurch jene Halbheit entstand, welche in der media sententia ausgesprochen ist, daß endlich die Compilatoren unverständig genug waren, die media sententia zu recipiren. Das

---

[62]) Kierulff: Allgem. Einl. in die Theorie des Gem. Civilrechts, S. XXV. Note *).

Digitized by Google

Bedürfniß, welches den Satz der Proculejaner hervorrief, ist nun bei uns dasselbe; — auch die Organisation unseres gesellschaftlichen Zustandes beruht auf Theilung der Arbeit, nur daß die einzelnen Industriezweige sich vermehrt und durch unendlich viele Spaltungen vervielfältigt haben und auch wir haben von unserem Rechte Alles fern zu halten, wodurch die Industrie im Ganzen oder in einzelnen Zweigen gelähmt wird. Sonach ist es die Aufgabe der heutigen Jurisprudenz, den neuen Proculejanischen Grundsatz vollständig zur Geltung zu bringen, seine juristische Begründung aber als unrichtig zu verwerfen. Wir sind ferner der Ansicht, daß die Entstehung der erwähnten Accessionstheorie für einzelne Industriezweige (Abschreiber, Maler ꝛc.) in einer unpassenden rohen Analogie, ihr Fortbestehen in der Unklarheit über den Begriff der Fabrication seinen Grund hatte, und die dorthin gerechneten Fälle mit unter die Theorie der Proculejaner zu subsumiren sind, so daß über die Eigenthumsfrage eine gleichmäßige Norm gilt für alle Arten von Fabricaten und alle Zweige der Manufactur-Industrie. Diese hier als practisches Recht hingestellte Ansicht wurzelt denn auch ohne allen Zweifel in dem Rechtsbewußtsein, nicht bloß des deutschen Volkes, sondern aller gewerbtreibenden Nationen und jeder Gewerbsmann würde höchlich erstaunt sein zu hören, daß für die Frage nach dem Eigenthum an Erzeugnissen aus fremden Rohstoffen der Goldschmied rechtlich ganz anders wie der Gärber, beide wieder anders wie der Buchdrucker, und dieser wieder anders, wie der Maler beurtheilt werde.

Wir glauben hiernach für das heutige Recht folgende Sätze aufstellen zu müssen:

1) Die Fabrication ist Entstehungsgrund des Eigenthums[63]).

[63]) Wo eine Vereinigung der Productiv-Kräfte Statt findet, da gehört das Fabricat entweder dem Unternehmer oder wird res communis der

Digitized by Google

2) Dies gilt ganz allgemein für alle Arten von Fabricaten und für alle Zweige der Manufactur-Industrie.

3) Der Rechtssatz ist nicht Consequenz eines juristischen Princips, sondern vielmehr ein durch practisches Bedürfniß gebotener Bruch in die Consequenz des Eigenthums [64]). Die Singularität beschränkt sich daher auf die Fälle der bona fides [65]); denn es kann nie practisches Bedürfniß sein, dem Diebe ein rechtliches Mittel in die Hand zu geben, das gestohlene Gut in sein Eigenthum zu verwandeln [66]).

4) Die Singularität enthält eine, durch die Rücksicht auf das öffentliche Wohl hervorgerufene Begünstigung der Manufactur-Industrie und kann daher auch aus diesem Grunde der mala fides nicht zu Statten kommen.

5) Fabrication ist [67]) die absichtliche Erzeugung eines Werths

---

socii. Sind im letzteren Falle die Antheile nicht beredet, so sind sie gleich. L. 29. D. pro socio. (17. 2.) Ueber den Grund dieser Bestimmung siehe Puchta Pand. § 370. Es muß indessen da, wo die socii reine Capitalisten sind, welche den Arbeitsfactor durch Unternehmung heranziehen, als stillschweigende Meinung angesehen werden, daß die Antheile den Einschuß-Capitalien entsprechen sollen.

[64]) Ganz wie die Usucapion. Der Eigenthumserwerb durch die Fabrication war eine nothwendige Ergänzung der Usucapion auf dem Gebiet der Manufactur-Industrie.

[65]) Aus demselben Grunde, wie die Usucapion. Nur die bona fides des Fabricanten kommt in Betracht. Im Fall der Unternehmung ist also die bona oder mala fides des herangezogenen Arbeiters ohne alle Bedeutung. Im Falle der Association erwirbt der socius in mala fide das Miteigenthum am Fabricat nicht.

[66]) Weil es sich hier um eine Ergänzung der Usucapion handelt, so muß auch hier für die bona fides eine objective Grundlage erfordert werden. Der Fabricant muß den Rohstoff ex justo titulo erworben haben.

[67]) Der heutigen Theorie fehlt es an einer scharfen und brauchbaren Begriffsbestimmung. Für die Auffindung dieses Begriffs sind wir nicht an die Aussprüche des Römischen Rechts gebunden; denn man verstand damals

Digitized by Google

an einer beweglichen Sache durch Umformung derselben. Zum Begriffe der Fabrication gehört also:

a. Eine bewegliche Sache als Rohstoff.

b. Eine bewegliche Sache als Product[68]).

c. Daß der Stoff ein fremder sei, ist unwesentlich; man kann nur sagen, daß in diesen Fällen der Begriff der Fabrication von juristisch practischer Bedeutung sei.

d. Ob der Stoff ein Urstoff oder bereits ein Fabricat ist, ist gleichgültig; denn auch ein Fabricat kann durch Umformung einen höheren Werth bekommen.

e. Der Mensch kann kein Atom Materie schaffen. Daher ist Fabrication nie etwas Anderes als Umformung. Eben so wenig kann man vorhandene Materie vernichten. Das Fabricat ist also nie eine neue Sache, sondern immer nur eine Sache in neuer Form.

f. Die Art der Umformung ist unwesentlich. Auch die bloße Zertheilung des Rohstoffs kann Fabrication sein. Wer Korn zu Schrot mahlt, fabricirt, obgleich er den Rohstoff bloß zertheilt. Ebenso die bloße Zerstörung des Rohstoffs im vulgären Sinne des Worts. Wer aus Buchenholz Asche macht, hat fabricirt, obgleich er den Rohstoff nur durch Feuer zerstört

---

dasselbe unter Fabrication, wie heutzutage. Im Uebrigen würden uns die Römischen Juristen die Arbeit nicht eben erleichtern. Sie gebrauchen die Worte: ex materia speciem facere und geben eine Reihe von Beispielen, ohne auszusprechen, worin sie das Wesen der Fabrication setzen. Wie unklar sie sich über diesen Begriff waren, beweist ihre Verlegenheit und Unsicherheit in concreten Fällen; — ein Beispiel liefert der Streit über die Frage, ob das Ausdreschen von Getraide als Fabrication aufzufassen sei oder nicht.

[68]) Wo der Grund und Boden als Rohstoff behandelt wird, spricht man nicht von Fabrication. Ebenso wenig nennt man ein Haus ein Fabricat.

Digitized by Google

hat. Auch da endlich wird fabricirt, wo das Fabricat durch Verbindung oder bloßes Aneinanderfügen entsteht. Dahin gehören die meisten Buchbinder-Arbeiten.

g. Es muß eine Umformung des Stoffs sein, — eine Veränderung mit dem Stoff eintreten. Wer daher Korn reinigt, fabricirt nicht [69]), wohl aber, wer aus Aehren Korn drischt. Die entgegenstehende Meinung des Gajus übersieht, daß beim Dreschen nicht das Korn, sondern die Aehre der Rohstoff ist. Korn dreschen ist nicht identisch mit Korn reinigen.

h. Das Fabricat muß eine Brauchbarkeit haben, welche der Rohstoff nicht hatte. Die Umformung muß also dem Stoff entweder überhaupt erst Brauchbarkeit verleihen, wie z. B. die Umwandlung von Erz in Metall, oder eine höhere Brauchbarkeit.

i. Die Brauchbarkeit muß anerkannt sein. Die Umwandlung von Tabacksblättern in eine Cigarre ist nicht von jeher Fabrication gewesen.

k. Es ergiebt sich, daß das Fabricat stets einen höheren Werth hat als der Rohstoff. Man kann daher sagen, die Umwandlung des Rohstoffs müsse der Art sein, daß in dem Fabricat ein neuer Werth entsteht [70]).

l. Regelmäßig, aber nicht wesentlich ist es, daß man mit dem Fabricat einen neuen Begriff verbindet und es mit einem eigenen Namen bezeichnet, um die höhere Brauchbarkeit und den höheren Werth zu bezeichnen [71]).

---

[69]) Allerdings producirt er einen Werth, denn gereinigtes Korn ist theurer als ungereinigtes; aber nicht durch Fabrication, d. h. nicht durch Verarbeitung der Körner.

[70]) Dieses wesentliche Moment wird von allen Juristen übersehen.

[71]) Der neue Begriff ist die Folge, aber nicht das Wesen der Fabrica-

Digitized by Google

m. Die Fabrication ist eine Handlung. Wo der Zufall einen Stoff umgewandelt und dadurch einen höhern Werth hervorgebracht hat, ist nicht fabricirt worden. Die Absicht des Handelnden muß auf die Herstellung eines bestimmten Fabricats gerichtet sein. Die Entdeckung des Glases, — des Porzellans war kein Fabrication.

6) Fast bei jeder Fabrication liegt ein größerer oder geringerer Zeitraum zwischen dem Anfang und der Vollendung. Der Rohstoff macht oft eine Reihe von Phasen durch, bis er die Gestalt des erzielten Fabricats erlangt. In welchem Moment tritt der Eigenthumserwerb ein? Sobald irgend eine Veränderung mit dem Stoff vorgenommen ist, welche ihm einen höheren Werth giebt. Denn dann liegt bereits ein Fabricat vor, und zwar ein beabsichtigtes, wenn auch nicht das endlich zu erzielende. Es gilt also für den Eigenthumserwerb durch Fabrication der Satz, den wir bei der Römischen Usucapion finden: mala fides superveniens non nocet[72]).

7) Eine Entschädigungsforderung gegen den Fabricanten findet nicht Statt. Dies folgt aus dem obenbesprochenen volkswirthschaftlichen Zweck dieses Rechtsinstituts. Eine condictio auf Herausgabe einer grundlosen Bereicherung ist gegen den Fabricanten aus demselben Grunde ausgeschlossen, wie gegen den Usucapienten.

In dem engsten Zusammenhange mit der Rechtsmaterie, welche wir eben behandelten, steht die Frage über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor. Dieselbe Erscheinung, welche wir in der Manufactur bemerkten, tritt uns auf dem Gebiet der Agricultur-Industrie entgegen.

---

tion. So heißt Korn in werthvollerer Form: Mehl; das Mehl in werthvollerer Form: Brod.

[72]) Vergl. unten S. 54. Note 96.

Digitized by Google

So lange ein Verkehr mit Grundstücken nicht Statt fand und der nur spärlich vorkommende Uebergang des Grundeigenthums von einer Hand in die andere unter öffentlicher Autorität durch in jure cessio geschah, gab es neben dem Eigenthümer keinen bonae fidei possessor eines Grundstücks. Diesen Gegensatz kann nur die Lebendigkeit des Verkehrs in Verbindung mit der Formlosigkeit des Eigenthumsüberganges erzeugen. Es konnte sich ferner bei der wirthschaftlichen Isolirtheit der Einzelnen kaum ereignen, daß der Eigenthümer am Grund und Boden fremdes Saatkorn oder der Eigenthümer am Saatkorn auf fremden Grund und Boden säete. So gab es über den Fruchterwerb weiter keinen, als den unbezweifelten Rechtssatz, daß der Eigenthümer am Boden ein ausschließliches Recht an den Früchten habe. Ein Volk auf niederer Culturstufe ist der abstracten Rechtsbegriffe unfähig; in seiner Vorstellung giebt es kein Eigenthum ohne den materiellen Inhalt des Besitzes. Es kann daher nicht auffallen, daß ursprünglich für den Erwerb des Eigenthums an den Früchten Occupation derselben nothwendig war. Das Recht des Grundeigenthümers bestand in dem ausschließlichen Recht, die Früchte durch Occupation zu erwerben. Der erste Act der Rechtsentwickelung war, das Eigenthum an den Früchten gegen unbefugte Occupation Dritter sicher zu stellen, und, da die fructus stantes als integrirende Theile des Bodens bereits im Eigenthum des Grundeigenthümers standen, so lag der Rechtssatz nahe, daß es der Occupation nicht bedürfe, sondern die bloße Separation das Eigenthum an den Früchten gäbe, und daß es gleichgültig sei, ob der Eigenthümer des Bodens oder ein Dritter oder der Zufall die Separation vorgenommen habe. Daß der Eigenthumserwerb durch Separation nicht ursprünglich, sondern schon ein Act der Rechtsentwickelung war, wird durch Römische Juristen

Digitized by Google

bestätigt, welche von diesem Recht sagen: dominis praediorum tributum est [73]).

Als allmählig der Verkehr sich entwickelte, als man anfing das Saatkorn, welches bisher originär erworben oder im Nothfall durch Anleihe acquirirt war, auch derivativ im Wege des Kaufs sich zu verschaffen, mithin die Möglichkeit entstand, bona fide fremdes Korn zu säen, da veranlaßten Collisionen mit dem Eigenthümer des Saatkorns den Rechtssatz, daß der Eigenthümer am Grund und Boden die Früchte erwerbe, wenn auch das Saatkorn ein fremdes gewesen sei.

Dieser Rechtssatz [74]) ist uralt. Nemo unquam dubitavit, quin si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret [75]).

Auch die Grundstücke wurden mehr und mehr Gegenstand des Handels. Die in jure cessio als Form der Uebertragung des Eigenthums ward lästig und es entstand in der mancipatio eine freiere und bequemere Form, welche in der Praxis die in jure cessio fast ganz verdrängte [76]). Die oft eintretende Nothwendigkeit, dem Käufer das Kaufpretium zu creditiren, machte indessen auch die mancipatio im Verkehr für viele Fälle unpractisch; denn zu ihrem Wesen gehörte, daß der Handel von beiden Seiten in continenti erfüllt wurde [77]). So

---

[73]) L. 25. § 1. D. d. usur. (22. 1.)

[74]) Eine Consequenz aus der (Römischen) Anschauung, daß Saatkorn und Pflanzen, sobald sie mit dem Boden in organische Verbindung getreten sind, ihre Selbständigkeit verlieren und integrirende Theile des Bodens werden.

[75]) cit. l. 25. § 1.

[76]) Gaj. II. § 25. Fere semper mancipationibus utimur. Quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum majore difficultate apud praetorem aut praesidem provinciae quaerere.

[77]) Gaj. I. 119. — — rem tenens ita dicit, — — — deinde

Digitized by Google

wurde man denn genöthigt, es lediglich mit der Tradition des Grundstücks, also mit der Besitzübertragung bewenden zu lassen. Andererseits ergriff der Handel auch den Theil der Bevölkerung, welcher des (quiritarischen) Eigenthums nicht fähig war und hier blieb also Nichts übrig, als die bloße Tradition des Besitzes. So entwickelte sich ganz natürlich der Rechtssatz, daß die Uebertragung des Eigenthums gar nicht zum Wesen des Kaufs gehöre und der Verkäufer nur das habere licere zu prästiren habe [78]). Es entstand somit im Laufe der Zeit, wie überhaupt, so auch rücksichtlich des Grundbesitzes eine allgemeine Unsicherheit des Eigenthums und die allgemeine Furcht vor der Vindication wirkte lähmend auf die Agricultur-Industrie. Man suchte durch das Institut der Usucapion und der longi temporis possessio zu helfen. Allein für die Dauer der Ersitzung blieb die Calamität. Man suchte sich zu sichern, indem man sich vom Verkäufer für den Fall der Eviction eine Entschädigung stipulirte. Aber abgesehen von der Unzulänglichkeit dieser Cautel sicherte sie nur gegen die Folgen der Eviction des Grundstücks und es blieb noch immer die Furcht vor der Vindication der Früchte, welche sich selbst auf den Ersatz der bereits consumirten erstreckte [79]). Denn welcher Verkäufer von einiger

aes dat ei a quo mancipio accipit. Die Mancipation scheint hiernach ursprünglich einer Zeit anzugehören, in welcher Kauf und Verkauf ein bloßes Platzgeschäft, ein Geben und Nehmen von merx und pretium war und es eine obligatio ex empto vendito noch nicht gab. Mit der Entstehung des Kauf-Contracts und der actiones empti und venditi verschwindet sie als wirkliche venditio und bleibt nur für anderweitige Rechtsgeschäfte, bei denen eine Eigenthumsübertragung vorkam, — als imaginaria venditio. Zur Zeit des Gajus gehörte es also in der That zum Wesen der Mancipation, daß sie eine imaginaria venditio war. Gaj. loc. cit.

[78]) L. 30. § 1. D. d. act. empti et vend. (19. 1.): — venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat.

[79]) Savigny, das Recht des Besitzes (VI. Aufl.) § 22 a. III. Note 1.

Digitized by Google

Umsicht und Klugheit hätte wohl die Garantie rücksichtlich aller Früchte übernehmen wollen, deren möglicher Werth unabsehbar war, durch ökonomische Einsicht, Fleiß, Capital des Käufers, und durch glückliche Conjunctur rücksichtlich der Getraidepreise oft eine enorme Größe erreichen konnte! Und wie hätte man wohl dem Verkäufer diese Garantie zumuthen wollen! Der Verkäufer garantirte daher nur den Besitz des Grundstücks und auch hier nur das duplum des Kaufpreises (stipulatio dupli). Als es später einer besondern Vereinbarung nicht bedurfte, sondern die actio empti auf Evictionsleistung gegeben wurde, mußte sie sich ebenfalls auf den Fall der Eviction der res vendita beschränken; denn diese Neuerung enthielt nichts Anderes, als daß der Anspruch des Käufers, der sich früher auf Verabredung gründete, ipso jure entstand [80]). Man gab nun, um den Käufer gegen Nachtheile aus der Eviction der Früchte sicher zu stellen, eine exceptio doli gegen den Vindicanten, wodurch dieser gezwungen wurde, die Productionskosten zu ersetzen [81]). Aber damit hatte der Käufer des Grundstücks Nichts weiter als sein verlegtes Capital, der Gewinn war verloren. Man sieht, daß dieser Rechtszustand den industriellen Unternehmungen des Landmanns im höchsten Grade ungünstig war. So drängte also das praktische Bedürfniß auch hier zu dem Rechtssatze hin: Der

---

[80]) L. 42. D. d. evict. (21. 2.): Si praegnans aucilla vendita et tradita sit, evicto partu venditor non potest de evictione conveniri quia partus venditus non est. (Paulus). Anderer Meinung ist Julian in L. 8. eod. Er schließt strenge consequent aus dem Begriff und Wesen des Interesses, bedenkt aber nicht, daß von dem Anspruch aufs Interesse ein Theil durch die stillschweigende Meinung verständiger Contrahenten ausgeschlossen sein kann. Beide Juristen haben von ihrem Standpunkte aus Recht; aber der Standpunkt Julians ist nicht der rechte.

[81]) L. 46. D. d. usuris (21. 2.) Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus diminuere debere. — Siehe oben S. 18. Note 24.

Digitized by Google

bonae fidei possessor müsse das Eigenthum an den Früchten erwerben, — und dieser Satz ging durch die Juristen in die Praxis über [82]), ohne daß man es nöthig gefunden hätte, wie dies leider im Gebiet der Manufactur-Industrie geschehen war, zur Rechtfertigung nach einer juristischen Begründung zu suchen. Wir finden den Satz schon bei Gajus [83]) und später bei andern Juristen [84]) als unzweifelhafte Rechtsvorschrift. Für den Moment des eintretenden Eigenthumserwerbs stellte man den bon. f. possessor dem Eigenthümer gleich und setzte die bloße Separation der Frucht vom Boden als den entscheidenden Zeitpunkt fest [85]). Diese Bestimmung wurde von einzelnen Juristen auf den allgemeinen Satz zurückgeführt: rücksichtlich des Fruchterwerbs gelte überhaupt der bonae fidei possessor als Eigenthümer und Paulus folgert dann wieder hieraus, daß es gar keinen Unterschied mache, ob

---

[82]) — naturali ratione placuit. § 35. J. d. rer. divis. (2. 1.). So erledigt sich einfach die bekannte Controverse über das Verhältniß des bon. fid. possessor zu den Früchten. Die Ansicht Savigny's gehört dem älteren Römischen Recht an und war (gerade, wie die Ansicht der Sabinianer rücksichtlich der Specification) für den späteren gesellschaftlichen Zustand Roms eine volkswirthschaftliche Unmöglichkeit.

[83]) L. 28. D. d. usur. (22. 1.): statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris.

[84]) Julian l. 25. eod. Pomponius l. 55. § 1. eod. Paulus l. 48. D. d. A. R. D. (41. 1.)

[85]) Um ihn gegen Occupation Dritter sicher zu stellen. Für den Pächter bedurfte es dieser Bestimmung nicht, weil er gegen dritte Occupanten cessa vindicatione klagen kann und gegen den Eigenthümer des Bodens durch das Contracts-Verhältniß geschützt wird. Für den Eigenthumserwerb landwirthschaftlicher Producte bleibt die Nothwendigkeit der Occupation immer die Regel; denn die Occupation gehört mit zur Production; sie ist der letzte Act, den der Producent vornimmt. Der Erwerb durch die bloße objective Separation der Frucht vom Boden war für den Eigenthümer und bonae fidei possessor des Grundstücks eine nothwendige, durch das praktische Bedürfniß geforderte Ausnahme.

Digitized by Google

der bonae fidei possessor die Früchte selbst gebaut habe oder nicht: — non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia, quod ad fructus attinet, loco domini paene est[86]). Paulus übersieht dabei das Wesen des neuen Rechtssatzes, welcher lediglich zur Begünstigung der Agricultur-Industrie eingeführt war und mit Recht recipirt Justinian die Ansicht des Pomponius: Fructus percipiendo suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit —[87]) in den Institutionen, wo es heißt: naturali ratione placuit — fructus, quos percepit, ejus esse pro cura et cultura[88]). Indessen gelangte der neue Rechtssatz nicht zur vollständigen Ausbildung: in einem Punkte blieb eine Spur der alten Eigenthumstheorie übrig. Der bonae fidei possessor blieb verpflichtet, im Falle der Vindication des Grundstückes die fructus exstantes zu restituiren. Dies drückt Paulus aus, indem er sagt: — fructus — ex aliena re interim suos facit, loco domini paene est[89]). Es ist dies ein Beweis, daß die wahre

---

[86]) cit. l. 48.

[87]) cit. l. 45. § 1.

[88]) cit. l. § 35. J. d. rer. divis. (2. 1.) — Weil der bon. fid. possessor das Eigenthum an den Früchten durch die Separation erwirbt, so folgt, daß der bon. f. emptor eines, mit den Früchten verpfändeten, Grundstückes gegen die act. hypothecaria rücksichtlich der Früchte sicher ist. L. 1. § 2. D. d. pign. (20. 1.): Quum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit; eos consumptos bona fide emptor utili Serviana restituere non cogetur; pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur: quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt. Vergl. die folg. Note.

[89]) cit. l. 48. D. d. A. R. D. (41. 1.) L. 22. C. d. rec. vind. (3. 32.): Certum est malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bonae fidei vero exstantes — — — —. Die Bestimmung der cit. l. 1. § 2. D. d. pign. beschränkt sich daher auch auf die fructus consumpti.

Digitized by Google

Bedeutung der neuen Rechtsentwickelung, — die eigentliche Richtung des practischen Bedürfnisses von den Römischen Juristen nicht klar erkannt ist. Wir halten indessen diesen Rest des alten Römischen Rechts, welcher dem bloßen Zufall einen so bedeutenden Einfluß gestattet und den bonae fidei possessor im einzelnen Fall aller ihm vom Recht bestimmten Vortheile wieder berauben kann, nicht für eine uns bindende Rechtsnorm, sondern sind vielmehr der Ansicht, daß nur das dem neuen Rechtsinstitut zu Grunde liegende Princip mit seinen Consequenzen als ein unserem gesellschaftlichen Zustande entsprechendes recipirt ist, die auf Irrthum Römischer Juristen beruhenden Inconsequenzen aber nicht den mindesten Ausspruch auf Geltung haben [90]).

Endlich zeigt sich auf dem Gebiete der Handels-Industrie derselbe Drang der Rechtsentwickelung. Auch der Kaufmann producirt, — im national- und privatökonomischen Sinne des Worts. Er schafft Nutzen für die Gesellschaft, d. h. er befriedigt Bedürfnisse derselben und eben dies ist es, worin das Wesen der Production des Landmannes und Fabricanten besteht. Wenn es daher heißt, der Handel bestehe volkswirthschaftlich in der Vermittlung zwischen Producenten und Consumenten, so ist das Wort Producent in einem engeren Sinne genommen. Der Kaufmann erzeugt ferner Werthe zur Vergrößerung seines Privatvermögens; sein Productionsgeschäft besteht in dem Einkauf der Waare; sein Product ist der Marktwerth irgend eines Ortes, wo er die Waare absetzen kann; der Verkauf ist Nichts, als die Umwandlung eines bereits vorhandenen Werths in die Form des Geldes. In diesem Werth steckt der Ersatz seines Capitals und

[90]) Im heutigen Recht ist die Bestimmung der cit. l. 1. § 2. D. d. pign. ganz allgemein auf alle Früchte, consumpti und extantes an. zuwenden.

Digitized by Google

der Lohn seiner Industrie. Sein Streben geht, gerade wie beim Landmann und Fabricanten, dahin, sein Capital und die Früchte seines Fleißes möglichst wenig gefährdet zu sehen, also möglichst rasch und sicher das Eigenthum an der Waare zu erwerben. So ist er ein natürlicher Feind aller schleppenden Form bei der Uebertragung des Eigenthums und ihre Beibehaltung erscheint ihm nicht minder thöricht, wie das Verbot von Eisenbahnen und Assecurance-Gesellschaften. Das Römische Recht hat successive Schritte gethan, um dem Bedürfniß zu entsprechen. Seit Diocletian verschwindet die in jure cessio, seit Constantin die Mancipatio[91]); die Stellvertretung für den Besitz und Eigenthumserwerb ward zugelassen und die Römische Jurisprudenz wies in der Entwickelung des constitutum possessorium ein Mittel nach, welches geeignet war, das Requisit des Besitzerwerbes bei der Tradition des Eigenthums für den Verkehr so wenig lästig als möglich zu machen. Damit schließt die Geschichte des Römischen Rechts; aber der Kampf zwischen dem practischen Bedürfniß und dem Recht ist noch nicht beendet. Noch immer ringt die Handelswelt, die letzte Fessel abzuwerfen, und wir zweifeln nicht, daß der Rechtssatz: Erwerb des Eigenthums an der Waare durch Empfang des Connossements als ein allgemeiner Handelsgebrauch[92]) sich geltend machen und endlich überhaupt die Tradition des Besitzes aufhören werde, ein wesentliches Requisit für den Erwerb des

---

[91]) Schilling, Lehrb. f. Institutionen und Gesch. des Röm. Priv.-Rechts. 2. Th. § 153. 154.

[92]) Aus dem Römischen Recht läßt sich dieser Rechtssatz nicht entwickeln; denn es enthält Nichts weiter als die Möglichkeit, durch den Empfang des Connossements Eigenthum an der Waare zu erwerben und es bleibt in concreto noch immer die Frage, ob die Voraussetzungen eines constitutum possessorium wirklich vorliegen.

Digitized by Google

Eigenthums an der Waare zu sein. Was den Fall betrifft, in welchem die eingekaufte Waare res aliena ist, so steht der Kaufmann nachtheiliger wie der Landmann und Fabricant. Während diese an ihren Producten sofort das Eigenthum erwerben, muß er noch erst die Waare usucapiren. Indessen zeigt sich schon in der wissenschaftlichen Behandlung der Usucapion durch die Römischen Juristen ein Princip, welches den Weg zu einer dem practischen Bedürfniß entsprechenden Rechtsentwickelung eröffnet. Wenn die Römischen Juristen aussprechen, daß der Besitzer, um zu usucapiren, nur im Augenblick des Besitzerwerbes in bona fide zu sein brauche [93]), daß also der Besitzerwerb mit den begleitenden Umständen das eigentlich entscheidende Moment für die Usucapion sei, so ist dieser Satz nicht aus der Luft gegriffen, sondern die Consequenz eines höheren Princips [94]). Man fühlte die Nothwendigkeit, den, welcher den Besitz einer Sache erworben, in der wohlbegründeten Meinung, damit auch das Eigenthum erworben zu haben, dem Eigenthümer gleichzustellen. Das prätorische Edict führte diesen Gedanken insoweit aus, als es die condilio usucapiendi für ein dingliches Rechtsverhältniß erklärte und zum Schutz desselben die Publiciana in

---

[93]) Puchta Pand. § 157. Note e.

[94]) Der Satz mala fides superveniens non nocet beweist, daß das Princip der Usucapion des Justinianeischen Rechts ist: Wer bona fide und ex justo titulo eine Sache erwirbt, wird mit dem Besitzerwerbe Eigenthümer der Sache, **wenn nicht** der dominus rei gegen ihn innerhalb bestimmter Frist sein Recht geltend macht. Tritt die Bedingung ein, so ist er von vornherein Eigenthümer gewesen. Die Bedingung wird defecient, wenn er den Besitz der Sache vor Ablauf der Usucapionsfrist verliert; denn es wird dadurch dem Eigenthümer unmöglich, sein Recht gegen ihn geltend zu machen. Aus diesem Grunde würde zur Usucapion der fortdauernde Besitz in derselben Person nothwendig sein, wenn nicht die accessio possessionis durch besondere Rechtsvorschrift eingeführt wäre.

Digitized by Google

rem actio gab[95]). Die vollständige Durchführung dieses Princips würde die nöthige Sicherheit der Bewegung in alle Industriezweige gebracht haben und folglich eine Wohlthat für die Gesellschaft gewesen sein; allein jene verkehrte aequitas, welche dem öffentlichen Wohle gegenüber zu starke Rücksicht nimmt auf die Möglichkeit, den Einzelnen zu verletzen, ließ dem Eigenthümer noch eine Frist zur Geltendmachung seines Rechts[96]). Die Befreiung, wenn nicht aller Industriezweige, doch wenigstens des Handels von dieser Schranke wäre nur ein Act der Gerechtigkeit, um die Handels-Industrie der Agricultur- und Manufactur-Industrie gleichzustellen.

Wir schließen mit folgendem Resumé. Der erste Bruch in die Consequenz des Eigenthums aus Rücksicht auf das öffentliche Wohl war die Usucapion. Das practische Bedürfniß drängte weiter und rief in der Agricultur den Fruchterwerb des bonae fidei possessor hervor. Als die Römer aufhörten ein bloßes Agriculturvolk zu sein und zur Fabrication übergingen, regte sich auch hier allmählig mehr und mehr dasselbe Bedürfniß und veranlaßte die Proculejanische Theorie, daß auch der Fabricant in bona fide das Eigenthum am Fabricat erwerben müsse. Diese Theorie drang nur bis zur media sententia durch, — aus Gründen, welche oben entwickelt sind. Sie machte endlich einen weiteren Fortschritt unter Justinian und es ist die Aufgabe der

---

[95]) L. 1. pr. D. d. Publ. in rem act. (6, 2,) Si quis id, quod traditur ex justa causa, nondum usucaptum petet, judicium dabo.

[96]) So enthält denn das Edict noch die Clausel „non a domino" und fingirt den bonae fidei possessor ex justa causa lediglich allen dritten Personen gegenüber als Eigenthümer. Das canonische Recht hat die Tendenz des Prätors gänzlich mißverstanden, und anstatt das Römische Recht fortzubilden, durch falsche Anwendung christlicher Moral einen Rückschritt gemacht. Der Satz mala fides superveniens nocet ist daher nicht als geltendes Recht in Deutschland zu betrachten.

Digitized by Google

heutigen Jurisprudenz, den mit Justinian abgebrochenen Gang der Rechtsentwicklung wieder aufzunehmen. In der Handels-Industrie sorgte das Römische Recht nur für die Beschleunigung des Uebergangs der Waare und that keine Schritte, um auch dem Kaufmann in derselben Weise, wie dies beim Landmann und Fabricanten geschehen war, die Früchte seiner Industrie vollkommen zu sichern. Aber in dem Institut der Usucapion und der Publiciana in rem actio ist bereits der Weg angedeutet, welchen die heutige Jurisprudenz zu verfolgen hat, um auch auf diesem Gebiete die Rechtsentwicklung zum Abschluß zu bringen.

Rostock. Druck von Adler's Erben.

Digitized by Google

Digitized by Google

Nationalökonomie und Jurisprudenz.

Von

H. Dankwardt,
Advocaten zu Rostock.

II.

Umlauf der Güter (Fortsetzung). Die Miethe.

III.

Umlauf der Güter (Fortsetzung). Die Schenkung.

Rostock.
G. B. Leopold's Universitäts-Buchhandlung.
(Ernst Kuhn.)
1857.

Digitized by Google

Digitized by Google

Das erste Heft unserer nationalökonomisch-civilistischen Studien hat denjenigen Eindruck gemacht, den wir von dem Geist unserer Zeit und dem gesunden Sinne des Deutschen Volkes erwartet haben. Wir sagen den Redactionen der Augsburger Allgemeinen Zeitung, der Heidelberger Germania, des Schwäbischen Beobachters, der Wiener Austria, des Leipziger litterarischen Centralblatts und der Berliner Revue für die rege Theilnahme den wärmsten Dank und schreiten zur Herausgabe des zweiten Hefts. In dieser Abhandlung bemühen wir uns, einen klaren Begriff von den Römischen Ausdrücken „uti“ und „frui“ und auf

Digitized by Google

dieser Basis eine tiefere Einsicht in das Wesen und den Zusammenhang aller derjenigen Rechtsinstitute zu gewinnen, welche das uti und frui fremden Capitals und fremder Arbeit zum Gegenstande haben. Ferner suchen wir den Begriff der Schenkung und deren Stellung im System des Civilrechts zu bestimmen.

Rostock, im August 1857.

Der Verfasser.

Digitized by Google

II.

Umlauf der Güter (Fortsetzung). Die Miethe.

Wir haben von der Production der Güter gehandelt und von der Arbeit und dem Capital, die wir als die beiden Productivkräfte bezeichnet haben, getrennt die Productiv-Dienste, welche sie dem Producenten leisten[1]). Diese Productiv-Dienste lassen sich als selbstständige Güter auffassen. Die Dienste einer Sache, die Dienste eines Sclaven sind es allein, weshalb man Sachen und Sclaven acquirirt; darin liegt ihre Güter-Qualität. Sie können ferner an sich Gegenstand des Austausches sein und haben an sich einen Tauschwerth; darin liegt die Selbstständigkeit dieser Güter.

Die Productivdienste von Arbeit und Capital, welche in concreto einem Producenten geleistet werden, sind immaterielle Güter, die mit ihrer Entstehung sofort consumirt werden. Beschränkt sich die Benutzung der Productivdienste auf diese einfache Consumption, so nennen die Römer solche Nutzung uti; hat die Consumption aber den Zweck, dauernde Werthe zu erzeugen: so gebrauchen sie den Ausdruck frui[2]) oder uti frui[3]).

---

[1]) Heft I., S. 18.

[2]) Dieser Gegensatz wird von den Römischen Juristen scharf und bestimmt hervorgehoben. Uti potest, frui von potest, sagt Ulpian. Nudus usus, id est sine fructu heißt es bei Gajus. L. 2 pr. D. de usu et habitat. (7. 8.) L. 1. § 1. D. eod. Das uti kann beschränkt sein oder sämmtliche Productivdienste einer Sache umfassen. Für den letzteren Fall kommen die Ausdrücke: plenus usus und omnis usus vor. L. 12. pr. und § 3. D. eod.

[3]) Ususfructus, an fructus — nihil interest; nam fructui et usus inest. L. 14. D. § 1. eod.

Digitized by Google

Beim uti ist es nur auf die Befriedigung eines momentanen Bedürfnisses[4]) abgesehen, auf ein Product, das mit seiner Entstehung sofort consumirt wird, d h. auf ein immaterielles Product[5]); beim frui ist es abgesehen auf Producte, welche mit ihrer Entstehung nicht consumirt werden sollen, d. h. auf materielle Producte. Es folgt hieraus, daß, wer das uti an einer fremden Sache hat, dadurch nie neue Vermögensbestandtheile erwerben kann, weil der Augenblick ihres Erwerbs der Augenblick ihrer Consumption ist. Die Frage: ob bei einem fruchttragenden Grundstücke der Usuar die Früchte, zu deren Bezug er berechtigt ist, durch Separation oder Perception erwerbe, kann gar nicht entstehen. Er erwirbt hier keine Früchte, sondern er consumirt fremde Früchte, die überhaupt nicht in sein Eigenthum kommen. Der Fructuar hat das Recht, durch Benutzung der Productivdienste des fremden Grundstücks Früchte zu produciren[6]), der Usuar hat das Recht, von einem fremden Grundstücke Früchte zu consumiren[7]). Nur das frui

---

[4]) — ad usum quotidianum; — — non usque ad compendium, sed ad usum — — quod ad victum sibi suisque sufficiat, sumpturum. cit. L. 12. § 1. D. d. usu et habitat.

[5]) Jean Baptiste Say, Ausführliche Darstellung der National-Oeconomie oder der Volkswirthschaftslehre. Bd. I. Cap. XIII.

[6]) Hieraus folgt, daß der Fructuar das Recht hat, die producirten Früchte zu verkaufen. Es ist unrichtig, wenn man das Recht des Umsatzes als principielles Merkmal des ususfructus hinstellt. Zum Umsatz ist der Fructuar berechtigt, weil er das Eigenthum an den percipirten Früchten hat, — und dies Recht, das Eigenthum an den Früchten zu erwerben, folgt aus dem Begriff des uti frui. Vgl. Puchta, Pand. § 181. Eine andere Consequenz ist das Recht, die Ausübung des ususfructus zu verpachten.

[7]) Hieraus folgt, daß die Frage: ob der Usuar das Recht des Umsatzes der Früchte habe, in sich widersinnig ist. Es ist daher durchaus unrichtig, dieses Recht des Umsatzes als unterscheidendes Merkmal für den usus und ususfructus aufzuführen. Vergl. Puchta, Pand. § 180.

Digitized by Google

kann die Quelle neuer Vermögensbestandtheile werden. Daher wird von den Römischen Juristen bei der Aufzählung der ideellen Vermögensbestandtheile — bona civilia, der ususfructus, nicht aber der usus erwähnt[8]), und nur beim Nachlaß des Fructuars die Frage erörtert, welche von den hinterlassenen Früchten dem dominus fundi und welche dem Erben des Fructuars gehören[9]).

Da der Begriff des uti frui an Sachen sich auf die Consumption der Productivdienste beschränkt: so folgt, daß wer das uti frui an einer fremden Sache hat, nicht zur Consumption dieser Sache selbst berechtigt ist. Da ferner die Productivdienste einer Sache Dienste sind, welche sie, d. h. so wie sie da ist, zu leisten vermag, so folgt, daß er keine Veränderung mit der Sache vornehmen darf. Dies wollen die Römer ausdrücken, wenn sie sagen: Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia[10]). Nur zu derjenigen Abnutzung und Veränderung ist er befugt, ohne welche das uti frui überall nicht möglich wäre.

Die Trennung einer Sache von ihren Productivdiensten kann da nicht Statt finden, wo die Sache nur durch ihren Untergang productiv ist. Allein es giebt Sachen, die keinen Individualwerth haben, und nur als Quantitäten in Betracht kommen. Da sie nun als Quantitäten nicht untergehen können, weil das genus, zu dem sie gehören, unerschöpflich ist[11]), so kann man von einer Quantität solcher Sachen unterscheiden die Productivdienste dieser Quantität. Wenn

---

[8]) Heft I., S. 15.

[9]) L. 13. D. Quib. mod. usufr. (7. 4.): Si fructuarius messem fecit et decessit, stipulam, quae in messe jacot, heredis ejus esse, Labeo ait, spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse. Der Usuar kann nie Etwas hinterlassen, das aus seinem usus herrührt.

[10]) pr. J. d. usufr. (2. 4.) L. 1. D. d. usufr. (7. 1.)

[11]) Genus non perit.

Digitized by Google

man ferner beachtet, daß alle Güter, welche Gestalt und Form sie haben mögen, ganz abstract als Werthe aufgefaßt werden können, und abstracte Dinge, d. h. solche, welche nur in der Idee existiren, nicht untergehen können: so giebt es consequent einen ususfructus an Werthen, d. h. an allen möglichen Gütern. Es ist bereits früher hervorgehoben worden, daß die Römer schon zu dieser Vollkommenheit in der Begriffsentwickelung der „Güter" gelangt sind und es kann uns daher nur natürlich erscheinen, wenn die Römischen Juristen berichten: Senatus censuit[12]), ut omnium rerum, quae in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit; quo Senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuntur, possit ususfructus legari[13]). Dieser so erweiterte Begriff des uti frui beruht lediglich auf einer Operation des Verstandes. Dies wollen die Römer ausdrücken, wenn sie sagen: Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, — nec enim poterat, sed — — quasi usumfructum constituit[14]).

---

[12]) Dieses Senatusconsultum existirte zur Zeit Cicero's noch nicht. Dies ergiebt sich aus Top. c. 3 in f..... Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pervenire. Daß es nicht nach Tiber entstanden ist, geht daraus hervor, daß Meinungen damaliger Juristen (Nerva und Sabinus) über einzelne den Quasiusufructus betreffende Fragen in der l. 3 und l. 5. § 1. D. d. usu fr. ear. rer. erwähnt werden. Wahrscheinlich ist es aus der Zeit des Augustus. Schilling, Lehrb. für Instit. u. Gesch. des Röm. Privatrechts, Bd. II. § 191. Note e.

[13]) L. 1. D. eod.

[14]) § 2. J. eodem. Solche Operationen, — man kann sagen Fictionen, macht der Verstand, um eine Menge Einzelheiten unter einen einfachen oder bereits bekannten Gesichtspunkt zu bringen. So ist neben der possessio die quasi possessio, neben dem contractus der quasi contractus, neben dem negot. gestor der quasi negot. gestor, neben dem institor der quasi institor entstanden. Diese Fictionen sind gewissermaßen Maschinen, durch welche der Verstand mit Leichtigkeit eine Masse von

Digitized by Google

Die Productivdienste von Arbeit und Capital sind also *selbstständige immaterielle Güter*; was mit ihrer Hülfe producirt wird, kann ein immaterielles [15]) oder materielles Product sein.

Auch diese Güter haben den Maaßstab ihrer Größe in ihrem *Werth* und jede Güterart eignet sich den Werth dieser Güter zu bestimmen [16]). Namentlich kann der Productivdienst *eines* Gutes den Werth des Productivdienstes eines *andern* Gutes ausdrücken [17]). Regelmäßig gebraucht man aber auch hier das Geld als Werthmesser.

Man nennt den Werth, den der Productivdienst eines Capitals [18]) hat, den *Gebrauchswerth* desselben, im Gegensatz zu dem Werthe, den das Capital selbst hat, — dem Tauschwerth. Der Gebrauchswerth eines Capitals ist also der Tauschwerth seines Productivdienstes. Auch für Capital-Gegenstände, an denen der Gebrauch nur durch Verbrauch möglich ist, kann dennoch der Gebrauchs- und Tauschwerth unterschieden werden [19]).

Material überwältigt, das er sonst nur mit großem Kraftaufwand überwältigen könnte. Diese Maschinen, wenn sie in einandergreifen, bilden das, was man *System* genannt hat, und in der Vervollkommnung und Vereinfachung dieser geistigen Maschinerie besteht die *Vervollkommnung des Systems*.

[15]) Auch der Usuar, der den Gebrauch eines fremden Landguts hat, *producirt*, aber nicht die Früchte des Guts; sein Product ist der *immaterielle Genuß*, *den er durch die Consumption der Früchte hat*.

[16]) Heft I., S. 15. 16.

[17]) So z. B. wenn ein Grundbesitzer seinem Nachbarn die Weidegerechtigkeit gegen die Befugniß aus dem benachbarten Grundstück Wasser zu leiten, einräumt. Hier besteht der Werth der Weidegerechtigkeit in der Wasserleitungsgerechtigkeit.

[18]) Heft I., S. 18. Note 25.

[19]) Vergl. oben S. 7. Eine Sache heißt *fungibel*, wenn man ihre Ersetzbarkeit ausdrücken will, sie heißt *consumptibel*, wenn man ausdrücken will, daß ihr Gebrauch nur durch Verbrauch möglich ist. Fungibilität und Consumptibilität sind daher keine Gegensätze, sondern Bezeichnungen verschiedener Eigenschaften derselben Sache.

Digitized by Google

Rücksichtlich der Arbeit kann jener Gegensatz aber nur da vorkommen, wo das Institut der Sclaverei besteht; nur da kann man trennen den Werth, den der Sclave hat und den Werth, den seine Dienste haben.

Auch der Werth der Productivdienste von Arbeit und Capital ist relativ und kann nach Zeit und Ort verschieden sein [20]). Für denselben Ort giebt es daher eine Geschichte des Werths gewisser Arbeit und gewisser Capitalien [21]). Es giebt auch hier einen Marktwerth. Einen besondern Ausdruck haben wir nur für den Marktwerth des Productivdienstes einer Summe Geldes: Zinsfuß oder Disconto. Der Marktwerth der Güter und ihrer Productivdienste bildet sich nach demselben Gesetz [22]). Aber man hat für die letzteren weder bei den Römern, noch bei uns der natürlichen Entwickelung freien Lauf gelassen. Aus mangelhafter Einsicht und verkehrter Humanität [23]) verbot man dort [24]), wie hier [25]), für den Productivdienst des Geldes einen Preis zu nehmen. Majores, sagt Cato, ita in legibus posuerunt furem dupli condemnari, foeneratorem quadrupli [26]). Aber das Verbot blieb unwirksam, wie jede menschliche Einrichtung, welche mit Naturgesetzen in Widerspruch tritt [27]). Man setzte dem

---

[20]) Heft I., S. 16.

[21]) Roscher, System Bd. I. giebt eine Geschichte der Grundrente (S. 277), des Zinsfußes (S. 331), des gemeinen Arbeitslohns (S. 307).

[22]) Heft I., S. 16.

[23]) J. B. Say, Nationalök. Bd. II. Abschnitt 1.

[24]) Lex Genucia, 342; Lex Sempronia 192, v. Chr.

[25]) C. 1. C. 19. Quaest. 3. Cap. 1. 4. 6. 8. 10. X. de usuris.

[26]) Roscher § 190. Note 2.

[27]) Liv. XXXV., 7. Plut. Cato I., 21. Appian, Bell. civ. I., 54. „Die Praxis der höhern Culturstufen hat sich wenig um das Gesetz bekümmert", Roscher am a. O.

Digitized by Google

Preise eine Grenze; aber auch das Verbot eines höhern Preises läßt sich umgehen und wird täglich umgangen.

Von dem Marktwerth unterscheidet sich auch hier der Preis. Er heißt, wenn es sich um den Productivdienst eines Capitals handelt, Miethe oder Pacht[28]), bei den Römern: pretium[29]), merces.[30]), pensio[31]), und wenn das Capital die Form einer Summe Geldes hat, — Zinsen, bei den Römern ursprünglich: nuncupata pecunia[32]), später usurae[33]); der höchste gesetzliche Preis, welcher bei den Römern zuletzt 6 Procent war, hieß usurae maximae oder legitimae[34]). Der Preis für den Productivdienst der Arbeit heißt Lohn, bei den Römern merces[35]). Davon verschieden ist das honorarium. Jene ist ein pretium verum, dieses ein pretium affectionis[36]). Die merces läßt sich ökonomisch berechnen[37]) und kann nie

---

[28]) Dieser Ausdruck wird nur bei Grundstücken gebraucht, und bei städtischen Grundstücken nur dann, wenn es dem Miether um die Fortsetzung eines in dem Grundstücke bisher betriebenen Gewerbes zu thun ist. Man miethet ein Haus, aber man pachtet ein Gasthaus.

[29]) L. ult. in f. D. d. leg. Rhod. d. jactu. (14. 2.)

[30]) L. 2. pr. D. loc. cond. (19. 2.)

[31]) L. 24. § 2. D. eod.

[32]) Siehe unten S. 33. Note 88.

[33]) Tit. Dig. de usuris. (22. 1.)

[34]) Puchta, Pand. § 228. Note aa.

[35]) L. 1. § 13. D. d. extraord. cognit. (15. 13.)

[36]) Daher ist bei unentgeldlicher Leistung einer Arbeit doch ein Honorar möglich. Vergl. L. 1. § 4. D. mandati (17. 1.): Mandatum nisi gratuitum nullum est. L. 6. pr. D. eod.: Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio. Ja bei entgeldlicher Arbeit ist neben dem Lohn noch ein Honorar möglich.

[37]) Jeder Arbeiter ist Producent; er muß also den Preis seiner Arbeit mindestens so hoch stellen, daß er dadurch seine Productionskosten deckt, d. h. der Lohn für eine bestimmte Zeit muß mindestens so hoch gestellt werden, daß der Arbeiter davon Wohnung, Kleidung und Nahrung

Digitized by Google

unter ein bestimmtes minimum herabsinken, das honorarium ist unberechenbar und ohne Grenzen nach oben und unten.

In der Miethe sowohl, wie im Zins, sind zwei wesentliche Bestandtheile zu unterscheiden. Einmal: der Preis für den Gebrauch. Zweitens: bei der Miethe der Ersatz für die Abnutzung, beim Zins eine Assecuranz-Prämie für die Gefahr des Darleihers [38]). Wenn daher der Zinsfuß steigt oder fällt, so ist zu untersuchen, ob der Preis für die Nutzung oder die Assecuranz-Prämie gestiegen oder gefallen ist. Die Uebernahme einer besondern Gefahr kann die Berechnung besonders hoher Zinsen, d. h. einer besonders hohen Assecuranz-Prämie veranlassen. Der Wucherer läßt sich eine ungeheure Assecuranz-Prämie bezahlen, weil er Gefahr läuft, der Criminal-Justiz in die Hände zu fallen und seinen guten Ruf einzubüßen. Hierher gehört ferner das Geldbarlehen über See, dessen Gefahr der Creditor übernimmt. Die Römer nannten ein solches Darlehen: pecunia trajectitia oder nauticum foenus [39]). Ein solches Darlehen war anfangs frei von allen Zinsbeschränkungen. Trajectitiam pecuniam, sagt Diocletian [40]), quae periculo creditoris datur, tam diu liberam esse ab observatione communium usurarum, quamdiu navis ad portum appulerit, manifestum est. Justinian [41]) änderte dies ab, indem er die usurae maritimae [42]) auf die centesima d. h. 12 Procent beschränkte: — in trajectitiis contractibus

für sich und seine Familie bestreiten kann. Daher steigt denn auch der Lohn, wenn eine Theuerung der Nahrungsmittel eintritt oder die Miethwohnungen knapp werden.

[38]) J. B. Say, Nationalökonomie, Bd. II., Abschnitt 1.

[39]) Tit. Dig. 22. 2.: de nautico foenore. Cod. 4. 33.

[40]) L. 1. C. (4. 33.)

[41]) L. 26. § 1. C. d. usur. (4. 32.)

[42]) L. 6. D. de naut. foen. (22. 2.)

Digitized by Google

usque ad centesimam tantummodo licere stipulari, nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum. In der Zeit der erst beginnenden Geldcirculation muß der Zins aus einem doppelten Grunde sehr hoch stehen. Da nur wenige Capitalien in den Händen Einzelner aufgehäuft und disponibel sind, so muß der Preis für die Nutzung hoch stehen, und da die Staatseinrichtungen, welche den Creditor sicher stellen, theils fehlen, theils mangelhaft sind, so muß die Assecuranz-Prämie hoch stehen. Daher die enorme Höhe des Zinsfußes in der ältern Zeit der Römischen Staatsgesellschaft. Bei einem plötzlichen Steigen des Zinsfußes ist es gewöhnlich die Assecuranz-Prämie, welche gestiegen ist. So in Zeiten innerer Unruhen. In Rom standen während der ganzen Dauer der republicanischen Verfassung die Zinsen sehr hoch, weil die Schuldner, d. i. die Plebejer, ihren Gläubigern, d. i. den Patriziern, unaufhörlich in drohender Stellung gegenüberstanden[43]). Ruhe und Ordnung im Staate, eine intelligente, billige und prompte Justiz, ein rasches Concursverfahren, ein ausgezeichnetes Hypothekenwesen und das Wechselrecht sind die geeigneten Institutionen, um die im Zins steckende Assecuranz-Prämie auf ein minimum herabzudrücken[44]); bei den Seezinsen haben die Fortschritte der Geographie, der Schiffsbaukunst und der Schiffahrtskunde zur Herabdrückung der Assecuranz-Prämie beigetragen[45]).

---

[43]) J. B. Say a. a. O.

[44]) Mit einem Worte: der Zins fällt mit der steigenden Cultur. Zu Cicero's Zeit war der Zinsfuß 12 pCt. (Cic. ad Att. I., 12); unter Kaiser Claudius 6 pCt. (Columella d. re rust. III., 3.) Justinian erlaubte den personae illustres nur 4 pCt. (L. 26. C. d. usur. 4. 32.)

[45]) Man lief im Alterthum bei einer Fahrt vom Piräischen Hafen nach Trapezunt, die doch nur etwa 70 Meilen beträgt, größere Gefahr, als jetzt bei der ungeheuren Seereise vom Texel nach Canton, die mehr denn 1800 Meilen ausmacht. J. B. Say a. a. O.

Digitized by Google

Wir haben früher bemerkt[46]), daß man von der concreten Gestalt und Form der Güter absehen, und sie sich ganz abstract als Werthe denken könne. Dann ist Zins der Preis für die Productivdienste eines Werths. Nachdem die Römer zu Anfang der Kaiserzeit die Möglichkeit des uti frui an Werthen, welche Gestalt diese auch haben möchten, anerkannt hatten[47]), mußten sie auch zu diesem, so erweiterten Begriff des Zinses gelangen. Si pro mutua pecunia, quam a creditore poscebas, heißt es in einem Rescript Diocletian's, argentum vel jumenta vel alias species utriusque consensu aestimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra centesimam usuras stipulanti spospondisti, tamen sors, quae aestimatione placito partium definita est, et usurarum titulo legitima summa tantum recte petitur[48]). Und Ulpian bemerkt ad edictum: Rogasti me ut tibi pecuniam crederem, ego, quum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et numis utereris; si vendideris, puto mutuam pecuniam factam[49]).

Was vom Umlauf der Güter gesagt worden ist[50]), gilt auch von den Productivdiensten von Arbeit und Capital. Es muß auch für diese Güter die Periode wirthschaftlicher Isolirtheit von der der Arbeitstheilung unterschieden und beachtet werden, daß man auch hier vom Tausch zum Kauf übergegangen ist. Der Kauf eines Productivdienstes von Arbeit oder Capital heißt Miethe. Das Wesen der Miethe unterscheidet sich daher in Nichts vom Wesen des Kaufs. Denn Miethe ist Kauf, dessen Object nur in einem eigenthümlichen, immateriellen Gute

---

[46]) Heft I., S. 16.

[47]) Vgl. oben S. 8.

[48]) L. 8. C. si certum petatur. (4. 2.)

[49]) L. 11. pr. D. d. reb. cred. (12. 1.)

[50]) Heft I., S. 24. 25. 26.

Digitized by Google

besteht und daher einige Modificationen nöthig macht, welche als stillschweigende pacta adjecta aufgefaßt werden können. Die Römischen Juristen haben dies wohl gefühlt. Locatio et conductio, sagt Gajus, proxima est emptioni et venditioni iisdemque regulis juris constitit[51]). Aber sie sind sich dessen nicht klar bewußt gewesen. Sie entwickeln für die Miethe eine Reihe von Rechtssätzen, welche als scharfe Consequenzen des Kaufs erscheinen; aber es fehlt die eigentliche Deduction und man vermißt die Zurückführung der Sätze auf ihre Principien[52]).

Jenachdem es sich um den Productivdienst der Arbeit oder des Capitals handelt, kann man Dienstmiethe und Capitalmiethe unterscheiden, und von der letztern sondert sich die Geldmiethe, — das zinsbare Darlehen, das sich zu dem allgemeineren Begriff der Miethe eines abstracten Werths erweitert. Die Capitalmiethe, mit Ausschluß des zinsbaren Darlehens und seiner Erweiterung, heißt bei den Römern locatio conductio rei[53]), die Dienstmiethe locatio conductio operarum oder operis, jenachdem es dem Miether darum zu thun ist, die Arbeit (operae)[54]) zu einem bestimmten Zweck zur beliebigen Disposition zu haben oder darum, daß der Arbeiter einen bestimmten Erfolg (opus)[55]) hervorbringen soll. Daß auch das zinsbare Darlehen unter den Begriff der Miethe falle, haben die Römischen Juristen sehr wohl eingesehen. Dies geht deutlich daraus hervor, daß sie statt des

---

[51]) L. 2 pr. D. Loc. cond. (19. 2.)

[52]) Vgl. unten S. 42.

[53]) Fundus locatus. L. 34. § 2. D. locati conducti (19. 2.) Rem conducere. L. 6. eod.

[54]) Operae locari solitae. L. 5. § 2. D. d. praescr. verb. (19. 5.)

[55]) Locavi opus faciendum. L. 51. § 1. eod.

Digitized by Google

ursprünglichen Ausdruckes: nuncupata pecunia den Ausdruck usurae[56]) zur Bezeichnung der Zinsen substituirten. Allein als sie zur richtigen Einsicht in das Wesen dieses Geschäfts gelangten, hatte das zinsbare Darlehen bereits durch historische Einflüsse jene monströse Gestalt angenommen, die es noch im Justinianeischen Rechte hat und der Römische Conservatismus konnte es nicht über sich gewinnen, das historische Flickwerk über den Haufen zu werfen. Daß sie beim Darlehen die Hingabe eines Werths in irgend einer Form für genügend hielten, ist bereits angedeutet[57]). Die weitere Consequenz wäre gewesen, auch auf die (directe oder indirecte) Hingabe des Werths vom Darleiher an den Empfänger als wesentliches Requisit zu verzichten, wenn sich bereits ein bestimmter Werth dessen, der das Darlehen geben soll, aus irgend einem Grunde in den Händen dessen, der es empfangen soll, befindet. Diese Erweiterung des Begriffs hätte das zinsbare Darlehen, abgesehen von der widernatürlichen Spaltung in pactum de mutuo dando, mutuum und Zinsstipulation, zur vollendeten Entwickelung gebracht. Aber die, mitunter wahrhaft unsinnige, Hartnäckigkeit der Römischen Juristen im Festhalten des Bestehenden verhinderte diesen Fortschritt. Mit Heftigkeit widersetzt sich African, dieser Idee. Wenn das möglich wäre, ruft er aus, dann könnte ja jede Contractsschuld durch bloßes Uebereinkommen in eine Darlehensschuld umgewandelt werden. Als ob die naturgemäße Vereinfachung des Rechts ein Unglück gewesen wäre! Qui negotia Lucii Titii procurabat, heißt es in diesem interessanten Responsum African's, — is, quum a debitoribus ejus pecuniam exegisset, epistolam ad eum emisit, qua significaret,

---

[56]) d. h. Aequivalent für den usus.

[57]) Für den Fall der cit. l. 11 pr. D. d. rebus creditis haben unsere Juristen die Bezeichnung contractus mohatrae eingeführt.

Digitized by Google

certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus; quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint? Respondit, non esse creditam, alioquin dicendum, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Nec huic simile esse quod si pecuniam apud te depositam convenerit; ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc numi, qui mei erant, tui fiunt. Item, quod si a debitore meo jussero te accipere pecuniam, credita fiat; id enim benigne receptum est; his argumentum esse, eum, qui, quum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum et tamen pecuniam ex argento redactam periculo ejus fore, qui accepisset argentum. Et in proposito igitur dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo numi fuerint, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat[58]).

In dem Institut der Miethe, d. h. in der Möglichkeit, die Productivdienste von Arbeit und Capital als besondere Güter zu behandeln, liegt ein bedeutender nationalökonomischer Fortschritt. Eine ungeheure Menge von Arbeit und Capital, welche sonst lahm liegen würde, wird durch sie productiv und ungeheure Reichthümer sind im Laufe der Jahrhunderte dadurch entstanden, daß sich Arbeit und Capital anstatt durch Kauf, durch Miethe verbinden konnte.

Es ist Nichts thörigter, als bei den Völkern den Ursprung dieses Instituts in einem Act der Legislation zu suchen. Seine Entstehung war eine nothwendige Folge des practischen Bedürfnisses; die Privatökonomie mußte schon im frühsten Zeitalter auf diese Idee führen; gerade die Periode wirthschaftlicher Isolirtheit war vorzugsweise geeignet, die Menschen zu veran-

[58]) L. 34. pr. D. Mandati. (17. 1.)

Digitized by Google

lassen, daß sie statt der Sachen und Sclaven sich ihre Nutzungen verschafften.

Das Wesen der Miethe ist zu allen Zeiten dasselbe gewesen; aber sie mußte in der Periode wirthschaftlicher Isolirtheit eine besondere, eigenthümliche Gestalt haben. Dieses Zeitalter characterisirt sich zunächst durch den Mangel alles Speculationsgeistes. Man dachte nur an die Befriedigung einfacher Bedürfnisse und verschaffte sich die Nutzungen fremder Sachen und Sclaven nur aus Noth und Verlegenheit[59]). Es handelte sich also nur um das uti, nicht um das frui, und mit dem uti einer fremden Sache oder eines fremden Sclaven mußte sich daher die Idee der Unübertragbarkeit des Nutzungsrechts sowohl, als seiner Ausübung verbinden. In der Unübertragbarkeit des Ganzen lag die Unübertragbarkeit des Theils, in der Unübertragbarkeit des Theils die Untheilbarkeit. Ebenso lag das „salva rei substantia“ in der stillschweigenden Meinung des Constituenten. Es ist ferner hervorzuheben, daß den alten Römern in jener Zeit der Begriff der obligatio völlig fremd war und ihre ganze vermögensrechtliche Vorstellung sich auf das **Eigenthum** beschränkte. Man behandelte daher die Nutzungsbefugniß ganz dem Eigenthum analog. Statt des dauernden Verhältnisses der Miethe, wie es im spätern Rechte erscheint und bei welchem der Vermiether dem Miether gegenüber in einer fortwährenden Prästation der Nutzungen gedacht wird, übertrug man uno actu die Nutzungsbefugniß, welche dann dem dominium analog aufgefaßt und als jus[60])

---

[59]) — non usque ad compendium, sed ad usum. cit. l. 12. § 1. D. d. usu et habitat.

[60]) Der Ausdruck jus in re bedeutet ein beschränktes dominium an einer Sache. Der Inhaber eines jus utendi war innerhalb seines

Digitized by Google

utendi bezeichnet wurde. Denkt man sich recht lebendig in jenen Zustand beschränkter Rechtsvorstellung hinein, so sieht man, daß eine andere Auffassung der Miethe ganz unmöglich war. Aus dieser Anschauung floß eine Reihe von Consequenzen: das Nutzungsrecht entstand, wie das dominium durch cessio in jure, durch mancipatio, durch usucapio; man trennte ferner zwischen Recht und Factum, und wie mit dem dominium der Begriff der possessio, so mußte mit dem Nutzungsrecht der Begriff der quasi-possessio entstehen; der Nutzungsberechtigte war geschützt, wie der Eigenthümer durch actio in rem und die Verpflichtungen gegen ihn waren, wie gegen den Eigenthümer: pati und non facere. Es ist weiter zu beachten, daß alle Völker auf niederer Culturstufe sich durch bildliche Anschauungsweise auszeichnen und die Neigung haben, Sachen zu personificiren. Die alten Römer faßten daher das Nutzungsrecht bildlich auf; sie nahmen das Bild vom Sclavenverhältniß her, nannten die nutzbare Sache res serviens und dachten sich das ganze Verhältniß des Berechtigten zum Nutzungsobject als servitus. Diese bildliche Anschauung ward später die Veranlassung zu einer Controverse bei der servitus oneris ferendi. Dachte man sich das Verhältniß so, als hätte der dominus des fundus serviens dem Nachbarn einen servus ad onus ferendum zu stellen: so lag jenem die Reparatur der Mauer ob, wie ihm die Cur eines Sclaven oblag, woran einem Andern der usus zustand. Zum Stützen der Mauer war er aber nicht verpflichtet; denn wenn er einen Sclaven ad onus ferendum zu stellen hatte und dieser erkrankte,

---

Kreises dominus; jus in re aliena ist ein intensiv beschränktes **dominium** in re aliena. Der Gegenstand des jus in re ist daher, wie der des dominium, eine res corporalis und das jus in re wird daher auch als jus in corpore bezeichnet. L. 2. D. d. usufr. (7. 1.)

Digitized by Google

so hatte er nicht nöthig, während der Cur einen andern Sclaven zu stellen. Endlich konnte er sich durch Dereliction der Mauer befreien, wie er sich durch Dereliction des Sclaven von der Verpflichtung zur Cur befreien konnte. Hierauf gründet sich die Ansicht des Servius, welche die entgegenstehende des Gallus verdrängte[61]).

Da die Nutzungen fremder Sachen nach der Vorstellung der alten Römer unübertragbar waren: so konnte ein *erbliches* Nutzungsrecht auf keine andere Weise constituirt werden, als dadurch, daß man sich mit Hülfe eines Bildes das Grundstück des Berechtigten als das Subject der Nutzung dachte. Wo es also darauf ankam, dem dauernden Mangel eines praedium rusticum oder urbanum durch Benutzung des benachbarten Grundstücks *für immer* abzuhelfen[62]), dachten sie sich jenes Grundstück dem praedium serviens gegenüber als dominus und nannten es praedium *dominans*. Diese bildliche Anschauung, durch welche sich dies abnorme Rechtsinstitut gewissermaßen rechtfertigen sollte, wurde dann leicht die Quelle von Rechtssätzen, welche, einmal entstanden, auch später bei Bestand blieben, als man die Bilder nicht mehr gebrauchte, um Rechtsverhältnisse zu *construiren*, sondern nur, um sich *abstracte* Rechtsverhältnisse zu *versinnlichen*. Aus dem Zweck der Realservituten: dauernde productive und unproductive Eigenschaften zweier benachbarter Grundstücke auszugleichen, ergeben sich von selbst die allgemeinen Grundsätze der Realservituten[63]). Die Realservitut

---

[61]) L. 6. § 2. si serv. vind. (8. 5.) — Vergl. Labeo eod. in f. und Ulpian in l. 8. pr. eod.

[62]) Die Grundstücke waren anfangs nicht Gegenstand des Verkehrs; sie erbten von Geschlecht zu Geschlecht. Jeder Grundbesitzer suchte daher sehr natürlich wesentliche Mängel des Grundstücks ein für alle Mal zu beseitigen.

[63]) Vergl. Puchta, Pand. § 183.

Digitized by Google

enthält nur diejenigen Nutzungen des praedium serviens, welche die Productivität des praedium dominans erhöhen[64]). Die Production, welcher städtische Grundstücke als Capital dienen, ist regelmäßig anderer Art, wie die, welcher ländliche Grundstücke als Capital dienen; daher muß regelmäßig der Inhalt der s. praed. urbanorum ein anderer sein, wie der der s. praed. rusticorum. Die Realservitut setzt ein fortwährendes Bedürfniß des einen Grundstücks und eine fortwährende Fähigkeit des andern voraus, das Bedürfniß zu befriedigen. Daher das Requisit der causa perpetua. Das Bedürfniß kann ein ununterbrochenes sein oder sich nur wiederholen. Daher die Eintheilung in s. continuae und discontinuae. Die Realservitut erfordert endlich Vicinität der beiden Grundstücke, weil ohne dieses geographische Verhältniß ihr Zweck nicht zu erreichen ist.

Nach dem bisher Gesagten können wir uns kurz so ausdrücken: Die Miethe bestand ursprünglich im Tausch, dann im Kauf von Servituten[65]). In der ältesten Zeit, als die Römer noch ein bloßes Agriculturvolk waren, mußte es vorzugsweise Bedürfniß sein, wesentliche Mängel landwirthschaftlicher Grundstücke, d. h. Mängel, welche den Betrieb des Ackerbaues und der Viehzucht hinderten oder beträchtlich er-

---

[64]) Es ist unklar ausgedrückt, wenn man von dem Bedürfniß eines „Grundstücks" redet, ohne diesen Ausdruck näher zu erklären. Puchta a. a. O.

[65]) Daneben räumte man natürlich Nutzungen von geringem Belang aus Freundschaft unentgeldlich auf beliebigen Widerruf, — precario, ein. Das precarium ist ebenso alt, vielleicht älter, als die Servituten. Damit ist nicht gesagt, daß das Interdictum d. precario so alt ist, wie das precarium. Daß das precarium ursprünglich kein obligatorisches Verhältniß begründete, ist sehr begreiflich, weil dies Geschäft bereits vorkam, als die Römer von einem obligatorischen Verhältniß noch keine Ahnung hatten.

Digitized by Google

schwerten, zu beseitigen. Solche Mängel bestanden oft in der Lage des Grundstücks. Die Benutzung des benachbarten fundus zum Gehen, Reiten, Fahren, zum Viehtrieb konnte oft eine unumgängliche Nothwendigkeit werden. Es ist ferner zu erwähnen: Mangel an Wasser, am nöthigen Brenn-, Nutz- und Bauholz, an Materialien zur Reparatur und zum Neubau an Wirthschaftsgebäuden, wie Steine, Kalk und Sand. Da es keinen Verkehr gab, so konnten alle diese Bedürfnisse nur[66]) durch Nutzung eines benachbarten Grundstücks befriedigt werden. Die bekannten servitutes itineris, actus, viae, aquaeductus, aquae-haustus, silvae caeduae, calcis coquendae, arenae fodiendae etc. fallen daher in die älteste Zeit der Römischen Staatsgesellschaft. Die Gebäude-Servituten haben ihren Grund in der Raumbeschränkung, und wir sind wohl berechtigt anzunehmen, daß die servitutes praediorum urbanorum erst allmählig entstanden sind, als die wachsende politische und commercielle Bedeutung der Stadt Rom eine starke Bevölkerung auf einen verhältnißmäßig kleinen Raum zusammendrängte und namentlich einzelne Stadttheile wieder besondere Wichtigkeit erlangten.

Daß auch der usus servorum in die frühste Zeit fällt, ist nicht zu bezweifeln. Ein Sclavenstaat kann seine Sclaven nur ergänzen: entweder durch Gestattung der Fortpflanzung oder durch neue Kriege und Eroberungen. Das erstere Verfahren ist sehr kostspielig und für ein Volk, das noch in der Periode wirthschaftlicher Isolirtheit, d. h. der National-Armuth steht, ganz besonders unpractisch. Solche Völker greifen daher zu dem andern Mittel und man darf annehmen, daß die ersten wiederholten Feldzüge der Römer besonders die Recrutirung

---

[66]) In der Periode entwickelter Arbeitstheilung verschafft man sich Baumaterialien im Wege des Kaufs.

Digitized by Google

der Sclaven zum Zweck gehabt haben. Sclaven waren daher in jener alten Zeit ein theurer Artikel und darin lag die Nothwendigkeit, statt der Sclaven den usus servorum zu acquiriren.

Die Miethe der ältesten Zeit characterisirt sich also durch zwei wesentliche Momente: 1) man miethete nur aus Noth; 2) der Miether bekam ein dem dominium analoges Recht. An diese beiden Puncte knüpfte sich die weitere, durch die Veränderung der Zustände gebotene, Rechtsentwicklung an.

Mit dem allmähligen Uebergange zur Arbeitstheilung und dem Erwachen der Industrie fing man an, die Nutzungen fremder Sachen zu begehren, um diese als volles Productiv-Capital zu gebrauchen. Es handelte sich nicht mehr bloß um Nutzungen zur Beseitigung einer Verlegenheit, sondern um Nutzungen zur Production von Werthen[67]). Zunächst für die Agricultur-Industrie. So entstand der Kauf des usus fructus, — mancipatio[68]) usus fructus. Dieser bildete den Uebergang vom Kauf des usus fundi zur Pacht[69]). Der Usufructuar hatte mit dem späteren Pächter das frui licere gemein, sein Nutzungsrecht war aber immer noch ein dem dominium analoges[70]) Recht, und man hielt

---

[67]) — — ad compendium, non ad usum, cit. l. 12. pr. D. d. usu et habitat.

[68]) Vergl. Heft I., S. 46. Note 77. Man hielt indessen dieses Privatgeschäft nicht für hinreichend, sondern forderte eine Mitwirkung des Magistratus. Gaj. II. 28. Usus fructus in jure cessionem tantum recipit.

[69]) Seitdem es einen Usus fructus gab, war natürlich auch ein usus mit Erstreckung auf einzelne fructus möglich. Hier sind zu erwähnen die operae servi et animalis, — Nutzungsrechte, welche mehr enthalten, wie der usus und weniger als der usus fructus. Schilling's Lehrb. für Institut. und Geschichte des röm. Privatr. § 196.

[70]) Usus fructus est jus alienis rebus utendi fruendi. L. 1. D. d. usufr. (7. 1.)

Digitized by Google

strenge fest an dem Requisit: „salva rei substantia“[71]). Der Kauf des ususfructus vertrat lange Zeit die Stelle der Pacht. Erst als die obligatio ex emto vendito sich bildete, entstand ihr analog die locatio conductio rei. Dieser Miethvertrag beschränkte sich ursprünglich auf bewegliche Sachen, wie die Ausdrücke rem locare und rem conducere evident beweisen. Dies war auch beim Kauf der Fall; denn die Ausdrücke vendere und emere sind ursprünglich auch nur von beweglichen Sachen gebraucht. Dies ergiebt sich deutlich aus dem Worte venire, welches ohne Zweifel von venum ire herkommt und daher nur von res mobiles gesagt werden konnte. Daß die locatio conductio sich ganz nach der venditio et emtio richtete, kann nicht auffallen; befremden aber muß es, daß die venditio et emtio ursprünglich nur bei beweglichen Sachen Statt fand. Allein Alles erklärt sich, wenn man nur festhält, was bereits oben ausgeführt ist[72]), daß der ursprüngliche Verkauf die mancipatio war, d. h. der in continenti vollzogene Verkauf zu Eigenthum, — daß man aus Gründen, welche wir bereits ausführlich entwickelt haben[73]), später das Eigenthum nicht mehr garantiren konnte, und daher nur den Besitz, — das habere licere, garantirte. Dieser Verkauf: ut emptori habere liceret, hieß venditio im Gegensatz von mancipatio. Diese hatte es mit der Uebertragung des jus zu thun, jene mit der Uebertragung des Factums, d. i. mit dem tradere

---

[71]) Diese Clausel in der cit. l. 1. D. d. usufr. will nicht ein besonderes Requisit für den ususfructus einführen, sondern ein Requisit, das bereits für den usus galt, für den ususfructus conserviren. Die Clausel bedeutet: Wenn auch der Begriff der Personalservitut vom bloßen uti auf das frui ausgedehnt ist: so soll es doch immer noch bei dem bisherigen „salva rei substantia“ verbleiben.

[72]) Heft I. a. a. O.

[73]) Heft I. eod.

Digitized by Google

possessionem. Die Umstände, welche im Verkehr darauf hinwirkten, an die Stelle der mancipatio die venditio zu setzen, traten nun zuerst bei beweglichen Sachen ein. So bestand im Verkehr für den Verkauf von Immobilien die mancipatio, für den Verkauf von Mobilien die venditio. Ganz dem entsprechend war es mit dem Verkauf von Nutzungen an Sachen. Die mancipatio ususfructus bildete den Gegensetz gegen die locatio conductio rei. Jene hatte es zu thun mit der Constituirung des jus utendi fruendi, diese mit der Einräumung eines factischen Zustandes, — ut conductori uti frui liceret. Als die Umstände allmählig dahin führten, daß der Verkäufer auch bei Immobilien nicht mehr wissen konnte, ob er Eigenthümer oder nur bonae fidei possessor war, verkaufte man auch Immobilien, nur mit Garantie des Besitzes, und vermiethete sie nur mit Garantie des uti frui. So kam es, daß man die Ausdrücke rem vendere und rem locare auch für den Verkauf und die Verpachtung von Immobilien gebrauchte[74]). Im Uebrigen ist

---

[74]) Der ususfructus verschwand allmählig aus dem Verkehr und blieb für letztwillige Dispositionen; ebenso der usus. Daher haben die Römischen Juristen, wo sie von diesen beiden Servituten handeln, durchweg den usus und ususfructus legatus vor Augen und ihre Aufgabe war es hier, die präsumtive voluntas testatoris zu entwickeln. So nahm man beim usus aedium als stillschweigende Absicht des Testators an, daß der Usuar auch Miethsleute bei sich aufnehmen dürfe. L. 2. § 1. D. d. usu et habit. (7. 8.) Ebenso, daß ein Fuhrmann, dem der usus an Pferden legirt sei, vermiethen dürfe. L. 12. § 4 in f. eod. Ein Senatusconsult, wahrscheinlich aus der Zeit des Augustus, führte das Legat des ususfructus omnium rerum, den sog. quasi-ususfructus ein. L. 1. D. d. usufr. ear. rer. (7. 5.) So hat der ususfructus legatus wieder seine besondere Geschichte. Der Testator, welcher Jemandem die Nutzung einer Wohnung legiren wollte, bediente sich mitunter statt des Ausdrucks usus oder ususfructus aedium des Ausdrucks habitatio. Von den Römischen Juristen interpretirten dies einzelne als usus, andere als ususfructus aedium, noch andere als ein besonderes Recht. Die Controverse ist erst von Justinian,

Digitized by Google

es kann nicht zu sagen, daß die locatio conductio überhaupt erst entstehen konnte, als man bereits bei der venditio et emtio zwischen Contract und Erfüllung unterschied; denn die locatio conductio ist ohne diese Unterscheidung nicht denkbar und andererseits hat sie sich aus der venditio rei entwickelt.

Zum Begriff des uti frui gehörte wesentlich das: salva rei substantia. Dies war ein großer Uebelstand für den speculativen Pächter. Er ward dadurch gehindert, durch Anlagen für eigne Rechnung die res locata productiver zu machen, als sie ihrer Natur nach war. Man fing daher an, sich vom Verpächter das Recht zur Anlage von Gebäuden auf dem Pachtstück auszubedingen[75]). Solche Gebäude heißen aedes superficiariae. Superficiarias aedes, sagt Gajus, appellamus, quae in conducto solo positae sunt[76]). Es entstand nun aber Streit darüber, ob rücksichtlich einer solchen superficies dem Verpächter, welcher nur den Grund und Boden verpachtet hatte, irgendwie Verpflichtungen oblägen und ob er namentlich verpflichtet sei, den Pächter gegen dritte Personen zu schützen. Theils um dieser Unsicherheit ein Ende zu machen, theils, weil es bequemer war für den Pächter, aus eignem Rechte zu klagen, gab ihm der Prätor ein eignes possessorisches Interdict und eine eigne actio in rem. Sed longe utile visum est, sagt Ulpian, quia et incertum erat, an locatio existeret, et quia melius est possidere potius, quam in personam ex-

---

und zwar dahin entschieden, daß das letztere anzunehmen sei. Schilling a. a. O. § 195. So erscheint die habitatio neben dem usus und ususfructus aedium als ein besonderes Servitut.

[75]) Ait Praetor: uti ex lege locationis sive conductionis superficie — — L. 1. pr. D. d. superfr. (43. 18.)

[76]) L. 2. D. eod.

Digitized by Google

periri, hoc interdictum [77]) proponere et quasi in rem actionem polliceri [78]).

Die Speculation, welche jeden Umstand möglichst zu verwerthen sucht, führt von der Pacht zur Erbpacht. Wer ein Gut in Erbpacht giebt, verkauft die Erblichkeit und freie Disposition der verpachteten Nutzungen und lucrirt neben der Pacht noch dieses Kauf-Pretium. Andrerseits ist dem Pächter der ruhige und ungestörte Besitz und Genuß des Guts für sich und seine Erben ein hinlängliches Motiv, ein Capital dafür zu opfern, insbesondere, wenn ihm das Recht der Melioration eingeräumt wird und dies wird der Verpächter gern einräumen, da er beim etwanigen Rückfall des Guts diese Meliorationen gewinnt.

Es giebt Güter, welche, wenn sie verpachtet werden sollen, nur in Erbpacht gegeben werden können und zwar mit der unbeschränkten Freiheit des Pächters zu melioriren. Dies sind uncultivirte Ländereien. Solche Güter liefern wenig oder gar keinen Ertrag, so daß von einem uti frui kaum die Rede sein kann. Sie werden erst durch Arbeit und Capital des Pächters ertragfähig; daher die Nothwendigkeit des Rechts zu melioriren. Der Pächter will ferner den unbeschränkten Genuß seiner Meliorationen; daher die Nothwendigkeit der erblichen Nutzung. Ueberdies liegt es im Interesse beider Interessenten, dem Pächter einen selbstständigen Schutz zu gewähren. So entstand der ager vectigalis und die bäuerliche Erbleihe auf den Domainen der Römischen Kaiser, — die emphyteusis [79]). Bei der Verleihung ward regelmäßig ausbedungen: das Vorkaufsrecht, das Recht einer Quote des Preises im Falle der

[77]) cit. l. 1. pr. eod.

[78]) cit. l. 1. § 1. eod.

[79]) Vergl. Schilling a. a. O. § 177.

Digitized by Google

es kaum nöthig zu sagen, daß die locatio conductio überhaupt erst entstehen konnte, als man bereits bei der venditio et emtio zwischen Contract und Erfüllung unterschied; denn die locatio conductio ist ohne diese Unterscheidung nicht denkbar und andrerseits hat sie sich aus der venditio rei entwickelt.

Zum Begriff des uti frui gehörte wesentlich das: salva rei substantia. Dies war ein großer Uebelstand für den speculativen Pächter. Er ward dadurch gehindert, durch Anlagen für eigne Rechnung die res locata productiver zu machen, als sie ihrer Natur nach war. Man fing daher an, sich vom Verpächter das Recht zur Anlage von Gebäuden auf dem Pachtstück auszubedingen [75]). Solche Gebäude heißen aedes superficiariae. Superficiarias aedes, sagt Gajus, appellamus, quae in conducto solo positae sunt [76]). Es entstand nun aber Streit darüber, ob rücksichtlich einer solchen superficies dem Verpächter, welcher nur den Grund und Boden verpachtet hatte, irgendwie Verpflichtungen oblägen und ob er namentlich verpflichtet sei, den Pächter gegen dritte Personen zu schützen. Theils um dieser Unsicherheit ein Ende zu machen, theils, weil es bequemer war für den Pächter, aus eignem Rechte zu klagen, gab ihm der Prätor ein eignes possessorisches Interdict und eine eigne actio in rem. Sed longe utile visum est, sagt Ulpian, quia et incertum erat, an locatio existeret, et quia melius est possidere potius, quam in personam ex-

---

und zwar dahin entschieden, daß das letztere anzunehmen sei. Schilling a. a. O. § 195. So erscheint die habitatio neben dem usus und ususfructus aedium als ein besonderes Servitut.

[75]) Ait Praetor: uti ex lege locationis sive conductionis superficie — — L. 1. pr. D. d. superfr. (43. 18.)

[76]) L. 2. D. eod.

Digitized by Google

periri, hoc interdictum [77]) proponere et quasi in rem actionem polliceri [78]).

Die Speculation, welche jeden Umstand möglichst zu verwerthen sucht, führt von der Pacht zur Erbpacht. Wer ein Gut in Erbpacht giebt, verkauft die Erblichkeit und freie Disposition der verpachteten Nutzungen und lucrirt neben der Pacht noch dieses Kauf-Pretium. Andrerseits ist dem Pächter der ruhige und ungestörte Besitz und Genuß des Guts für sich und seine Erben ein hinlängliches Motiv, ein Capital dafür zu opfern, insbesondere, wenn ihm das Recht der Melioration eingeräumt wird nnd dies wird der Verpächter gern einräumen, da er beim etwanigen Rückfall des Guts diese Meliorationen gewinnt.

Es giebt Güter, welche, wenn sie verpachtet werden sollen, nur in Erbpacht gegeben werden können und zwar mit der unbeschränkten Freiheit des Pächters zu melioriren. Dies sind uncultivirte Ländereien. Solche Güter liefern wenig oder gar keinen Ertrag, so daß von einem uti frui kaum die Rede sein kann. Sie werden erst durch Arbeit und Capital des Pächters ertragfähig; daher die Nothwendigkeit des Rechts zu melioriren. Der Pächter will ferner den unbeschränkten Genuß seiner Meliorationen; daher die Nothwendigkeit der erblichen Nutzung. Ueberdies liegt es im Interesse beider Interessenten, dem Pächter einen selbstständigen Schutz zu gewähren. So entstand der ager vectigalis und die bäuerliche Erbleihe auf den Domainen der Römischen Kaiser, — die emphyteusis [79]). Bei der Verleihung ward regelmäßig ausbedungen: das Vorkaufsrecht, das Recht einer Quote des Preises im Falle der

[77]) cit. l. 1. pr. eod.

[78]) cit. l. 1. § 1. eod.

[79]) Vergl. Schilling a. a. O. § 177.

Digitized by Google

Veräußerung der Emphyteuse[80]), die Ausschließung der Dereliction, die unveränderte Dauer des Verhältnisses bei theilweisem Untergang des fundus, das Recht der Entsetzung in gewissen Fällen. Diese Bedingungen mußte sich der emphyteuta gefallen lassen, weil die Verleihung der Emphyteuse immer ein beneficium war. Weil diese Nebenberedungen regelmäßig gemacht wurden, so verstanden sie sich allmählig von selbst und wurden bei der Verleihung eines Grundstücks als Emphyteuse zu naturalia negotii. Daher war der emphyteutische Contract ein besonderer und eigenthümlicher, weil sich besondere und eigenthümliche naturalia negotii daran knüpften[81]).

Es ergiebt sich bei näherer Betrachtung, daß der Erwerb der Productivdienste fremder Sachen seine eigne geschichtliche

---

[80]) Weil das Gut bei der ersten Verleihung uncultivirt war und daher wenig oder gar keinen Werth hatte: so war natürlich der Verkauf von Seiten des Emphyteuta ein Verkauf der Meliorationen, — ἐμπονήματα. Puchta, dem diese ökonomische Einsicht in die Sache abging, half sich hier, wie öfter, durch eine Phrase. Der Verkauf der Emphyteuse sei „nach dem Römischen System" ein Verkauf der Meliorationen! — Das Laudemium war nur scheinbar eine Last des abziehenden Emphyteuta und man würde sehr irren, wenn man glaubte, dieser gebe von seinen Meliorationen einen Theil an den Grundherrn ab. Die Sache verhält sich vielmehr so. Weil der abziehende Emphyteuta das Laudemium bezahlen muß, stellt er, grade, wie ein Kaufmann, der Steuern von der Waare entrichten muß, seinen Preis um so viel höher. Es fällt also materiell dem neuen Emphyteuta das Laudemium zur Last und geht nur durch die Hand des abziehenden Emphyteuta an den Grundherrn. So gestaltet sich das Verhältniß ganz gerecht und billig. Der neue Emphyteuta bezahlt dem abziehenden die Meliorationen und dem Grundherrn einen Preis für die Verleihung der Emphyteuse an ihn. Diese Verleihung ist um so werthvoller, je cultivirter das Gut ist, und daraus folgt consequent, daß das Laudemium vom Werth der Meliorationen bezahlt werden muß.

[81]) Dadurch wird indessen die Analogie der loc. cond. nicht ausgeschlossen; Privation im Fall der Deterioration und Pachtremission sind reine Anwendungen der loc. conductio auf das Verhältniß des Emphyteuta.

Digitized by Google

Entwicklung hat, worin die Begriffe: servitus, ususfructus, locatio conductio, superficies, emphyteusis verschiedene chronologisch auf einander folgende Stadien bilden. Man schritt fort vom reinen uti zum uti frui, und vom uti frui, salva rei substantia, zum uti frui mit unbeschränktester Befugniß zu Meliorationen, — und dieser Fortschritt läuft parallel mit dem allmähligen Uebergang des Römischen Volkes von der wirthschaftlichen Isolirtheit zur Arbeitstheilung und deren weiteren Entwicklung. Und mit dieser volkswirthschaftlichen Entwicklung hängt es wiederum eng zusammen, daß man das uti und frui an einer fremden Sache sich anfangs als eine Art dominium in re aliena dachte und dann als rein persönlichen Anspruch auffaßte, bis man es wiederum zweckmäßig fand, in einzelnen Fällen, in denen das uti frui auf lange Zeit oder erblich eingeräumt wurde und das dominium fast ganz erschöpfte, zu der alten Vorstellung zurückzukehren. Es kann nicht auffallen, daß, indem man fortschritt, man stets das Alte neben dem Neuen unverändert stehen ließ. Denn die concreten Rechtsverhältnisse, welche sich unter der Herrschaft der älteren Rechtsidee gebildet hatten, dauerten fort und mußten nach der älteren Rechtsanschauung beurtheilt werden. So blieb die alte ursprüngliche, auf das reine uti beschränkte Servitut, als man zum ususfructus gelangte, ein selbstständiger practischer Begriff, mit seinen eigenthümlichen Consequenzen; beide erhielten sich unverändert neben einander, als man zur loc. conductio fortschritt und jene einzelnen Stadien der Rechtsentwicklung bilden noch im Justinianeischen Recht ebenso viele einzelne Rechtsinstitute.

Mit der Arbeitstheilung entstehen und entwickeln sich Gewerbe und Handel. Die Manufactur-Industrie beschäftigt sich

Digitized by Google

Veräußerung der Emphyteuse[80]), die Ausschließung der Dereliction, die unveränderte Dauer des Verhältnisses bei theilweisem Untergang des fundus, das Recht der Entsetzung in gewissen Fällen. Diese Bedingungen mußte sich der emphyteuta gefallen lassen, weil die Verleihung der Emphyteuse immer ein beneficium war. Weil diese Nebenberedungen regelmäßig gemacht wurden, so verstanden sie sich allmählig von selbst und wurden bei der Verleihung eines Grundstücks als Emphyteuse zu naturalia negotii. Daher war der emphyteutische Contract ein besonderer und eigenthümlicher, weil sich besondere und eigenthümliche naturalia negotii daran knüpften[81]).

Es ergiebt sich bei näherer Betrachtung, daß der Erwerb der Productivdienste fremder Sachen seine eigne geschichtliche

---

[80]) Weil das Gut bei der ersten Verleihung uncultivirt war und daher wenig oder gar keinen Werth hatte: so war natürlich der Verkauf von Seiten des Emphyteuta ein Verkauf der Meliorationen, — ἐμπονήματα. Puchta, dem diese ökonomische Einsicht in die Sache abging, half sich hier, wie öfter, durch eine Phrase. Der Verkauf der Emphyteuse sei „nach dem Römischen System" ein Verkauf der Meliorationen! — Das Laudemium war nur scheinbar eine Last des abziehenden Emphyteuta und man würde sehr irren, wenn man glaubte, dieser gebe von seinen Meliorationen einen Theil an den Grundherrn ab. Die Sache verhält sich vielmehr so. Weil der abziehende Emphyteuta das Laudemium bezahlen muß, stellt er, grade, wie ein Kaufmann, der Steuern von der Waare entrichten muß, seinen Preis um so viel höher. Es fällt also materiell dem neuen Emphyteuta das Laudemium zur Last und geht nur durch die Hand des abziehenden Emphyteuta an den Grundherrn. So gestaltet sich das Verhältniß ganz gerecht und billig. Der neue Emphyteuta bezahlt dem abziehenden die Meliorationen und dem Grundherrn einen Preis für die Verleihung der Emphyteuse an ihn. Diese Verleihung ist um so werthvoller, je cultivirter das Gut ist, und daraus folgt consequent, daß das Laudemium vom Werth der Meliorationen bezahlt werden muß.

[81]) Dadurch wird indessen die Analogie der loc. cond. nicht ausgeschlossen; Privation im Fall der Deterioration und Pachtremission sind reine Anwendungen der loc. conductio auf das Verhältniß des Emphyteuta.

Digitized by Google

Entwicklung hat, worin die Begriffe: servitus, ususfructus, locatio conductio, superficies, emphyteusis verschiedene chronologisch auf einander folgende Stadien bilden. Man schritt fort vom reinen uti zum uti frui, und vom uti frui, salva rei substantia, zum uti frui mit unbeschränktester Befugniß zu Meliorationen, — und dieser Fortschritt läuft parallel mit dem allmähligen Uebergang des Römischen Volkes von der wirthschaftlichen Isolirtheit zur Arbeitstheilung und deren weiteren Entwicklung. Und mit dieser volkswirthschaftlichen Entwicklung hängt es wiederum eng zusammen, daß man das uti und frui an einer fremden Sache sich anfangs als eine Art dominium in re aliena dachte und dann als rein persönlichen Anspruch auffaßte, bis man es wiederum zweckmäßig fand, in einzelnen Fällen, in denen das uti frui auf lange Zeit oder erblich eingeräumt wurde und das dominium fast ganz erschöpfte, zu der alten Vorstellung zurückzukehren. Es kann nicht auffallen, daß, indem man fortschritt, man stets das Alte neben dem Neuen unverändert stehen ließ. Denn die concreten Rechtsverhältnisse, welche sich unter der Herrschaft der älteren Rechtsidee gebildet hatten, dauerten fort und mußten nach der älteren Rechtsanschauung beurtheilt werden. So blieb die alte ursprüngliche, auf das reine uti beschränkte Servitut, als man zum ususfructus gelangte, ein selbstständiger practischer Begriff, mit seinen eigenthümlichen Consequenzen; beide erhielten sich unverändert neben einander, als man zur loc. conductio fortschritt und jene einzelnen Stadien der Rechtsentwicklung bilden noch im Justinianeischen Recht ebenso viele einzelne Rechtsinstitute.

Mit der Arbeitstheilung entstehen und entwickeln sich Gewerbe und Handel. Die Manufactur-Industrie beschäftigt sich

Digitized by Google

anfangs mit der Befriedigung der nothwendigsten Bedürfnisse; sie sorgt für Wohnung, Kleidung und Nahrung; mit dem Nationalreichthum wachsen allmählig die Bedürfnisse und diese erzeugen dann neue und wieder neue Industrie-Zweige. Der Handel beginnt mit dem einfachen Hausirhandel und entwickelt sich allmählig zur weiteren Vollkommenheit. Capital und Arbeit, womit Gewerbe und Handel operiren, sind Anfangs gering; der Rohstoff wird dem Handwerker geliefert und die Arbeit beschränkt sich bei ihm, wie beim Kaufmann, auf seine eigenen Kräfte und die Mitwirkung seiner Familie. Durch Ersparnisse werden dann größere Capitalien erworben; man fängt an, mit eignen Rohstoffen zu arbeiten und neben dem Hausssohn erscheinen Sclaven als Hülfspersonal. Endlich zieht man die Dienste freier Menschen heran und die Noth zwingt die letzteren, Sclaven-Arbeit (operas) für Geld zu leisten. In dem eben Gesagten liegt die Entstehung der Dienstmiethe und ihre Spaltung in loc. cond. operis und operarum. Seitdem die Handwerker anfingen, mit eignen Rohstoffen zu arbeiten, mußte die Frage entstehen, wie ein Bestellungsvertrag jetzt aufzufassen sei. Quaeritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae annulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emtio et venditio an locatio conductio contrahi videtur? Der Jurist Cassius war der Ansicht, es sei dies ein doppeltes Geschäft: Kauf des Rohstoffs und Miethe der Arbeit: — Cassius ait, materiae quidem emtionem et venditionem contrahi, operae autem locationem et conductionem. Allein diese Entscheidung war unrichtig; es würde sowohl für den Kauf des Rohstoffs, wie für die Miethe der Arbeit an dem certum pretium fehlen. Die entgegenstehende Meinung, daß das Geschäft eins sei, und zwar emtio venditio, ging in die

Digitized by Google

Praxis über: — placuit, tantum emtionem et venditionem esse[82]).

Seitdem freie Menschen anfingen, für Geld gemeine Sclavendienste zu verrichten, hatte man neben den eignen Sclaven und den gemietheten fremden Sclaven auch ein freies Gesinde. Der Römer unterscheidet familiam suam und hos, quos loco servorum in operis habet, licet liberi sint, vel servi alieni[83]).

Die locatio conductio operis und operarum gehörte einer spätern Zeit an, als die loc. cond. rei. Viel früher begann die Geldmiethe, — das zinsbare Darlehen, sich zu entwickeln. Man mußte sehr früh empfinden, daß das ursprüngliche Mittel, sich Geld zu verschaffen, — der Verkauf von Eigenthums-Objecten, sehr unbequem, und wenn es an disponiblen Eigenthums-Objecten fehlte, ganz unbrauchbar war. Aus demselben Grunde, aus welchem man darauf verfiel, statt des Eigenthums an Sachen sich deren Nutzungen zu verschaffen, mußte man darauf verfallen, statt des Verkaufs einer Sache sich die Nutzung einer Summe Geldes zu verschaffen. So lange es keine Klage auf Restitution des Darlehens gab, konnte man nur von Freunden und Bekannten leihen und man erhielt es theils deshalb, theils weil man nur aus Noth und Verlegenheit lieh, zinsenlos[84]). Mit dem Darlehen entstand der Begriff der Zahlung; mit der Entstehung des Darlehens fing daher auch nothwendig die Nachfrage nach Darlehen an zu wachsen; — man lieh nicht mehr bloß, um dringende Einkäufe zu machen, sondern auch, um Zahlungen zu machen. Freunde und Bekannte reichten daher bald nicht

[82]) § 3. J. d. loc. et cond. (3. 24.)

[83]) L. 4. pr. in f. D. d. usu et habit. (7. 8.)

[84]) Roscher a. a. O. § 184.

Digitized by Google

anfangs mit der Befriedigung der nothwendigsten Bedürfnisse; sie sorgt für Wohnung, Kleidung und Nahrung; mit dem Nationalreichthum wachsen allmählig die Bedürfnisse und diese erzeugen dann neue und wieder neue Industrie-Zweige. Der Handel beginnt mit dem einfachen Hausirhandel und entwickelt sich allmählig zur weiteren Vollkommenheit. Capital und Arbeit, womit Gewerbe und Handel operiren, sind Anfangs gering; der Rohstoff wird dem Handwerker geliefert und die Arbeit beschränkt sich bei ihm, wie beim Kaufmann, auf seine eigenen Kräfte und die Mitwirkung seiner Familie. Durch Ersparnisse werden dann größere Capitalien erworben; man fängt an, mit eignen Rohstoffen zu arbeiten und neben dem Hausssohn erscheinen Sclaven als Hülfsperſonal. Endlich zieht man die Dienste freier Menschen heran und die Noth zwingt die letzteren, Sclaven-Arbeit (operas) für Geld zu leisten. In dem eben Gesagten liegt die Entstehung der Dienstmiethe und ihre Spaltung in loc. cond. operis und operarum. Seitdem die Handwerker anfingen, mit eignen Rohstoffen zu arbeiten, mußte die Frage entstehen, wie ein Bestellungsvertrag jetzt aufzufassen sei. Quaeritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae annulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emtio et venditio an locatio conductio contrahi videtur? Der Jurist Cassius war der Ansicht, es sei dies ein doppeltes Geschäft: Kauf des Rohstoffs und Miethe der Arbeit: — Cassius ait, materiae quidem emtionem et venditionem contrahi, operae autem locationem et conductionem. Allein diese Entscheidung war unrichtig; es würde sowohl für den Kauf des Rohstoffs, wie für die Miethe der Arbeit an dem certum pretium fehlen. Die entgegenstehende Meinung, daß das Geschäft eins sei, und zwar emtio venditio, ging in die

Digitized by Google

Praxis über: — placuit, tantum emtionem et venditionem esse[82]).

Seitdem freie Menschen anfingen, für Geld gemeine Sclavendienste zu verrichten, hatte man neben den eignen Sclaven und den gemietheten fremden Sclaven auch ein freies Gesinde. Der Römer unterscheidet familiam suam und hos, quos loco servorum in operis habet, licet liberi sint, vel servi alieni[83]).

Die locatio conductio operis und operarum gehörte einer spätern Zeit an, als die loc. cond. rei. Viel früher begann die Geldmiethe, — das zinsbare Darlehen, sich zu entwickeln. Man mußte sehr früh empfinden, daß das ursprüngliche Mittel, sich Geld zu verschaffen, — der Verkauf von Eigenthums-Objecten, sehr unbequem, und wenn es an disponiblen Eigenthums-Objecten fehlte, ganz unbrauchbar war. Aus demselben Grunde, aus welchem man darauf verfiel, statt des Eigenthums an Sachen sich deren Nutzungen zu verschaffen, mußte man darauf verfallen, statt des Verkaufs einer Sache sich die Nutzung einer Summe Geldes zu verschaffen. So lange es keine Klage auf Restitution des Darlehens gab, konnte man nur von Freunden und Bekannten leihen und man erhielt es theils deshalb, theils weil man nur aus Noth und Verlegenheit lieh, zinsenlos[84]). Mit dem Darlehen entstand der Begriff der Zahlung; mit der Entstehung des Darlehens fing daher auch nothwendig die Nachfrage nach Darlehen an zu wachsen; — man lieh nicht mehr bloß, um dringende Einkäufe zu machen, sondern auch, um Zahlungen zu machen. Freunde und Bekannte reichten daher bald nicht

[82]) § 3. J. d. loc. et cond. (3. 24.)

[83]) L. 4. pr. in f. D. d. usu et habit. (7. 8.)

[84]) Roscher a. a. O. § 184.

Digitized by Google

mehr aus; man ward genöthigt, sich an Fremde und Unbekannte zu wenden und stieß hier natürlich auf das höchste Mißtrauen und auf unerbittliche Unbarmherzigkeit. Um das Vertrauen, — den Credit, zu begründen, war das erste unerläßliche Mittel: die Einführung der Darlehnsklage. Allein dies Mittel genügte noch nicht. Man hatte noch keine Idee vom Pfandrecht und dies konnte nur ersetzt werden durch die strengste Procedur gegen die Darlehensschuldner und durch die härteste Schuldknechtschaft[85]). Es ist durchaus nicht als eine unerhörte Rohheit, sondern als eine höchst natürliche, unumgängliche Maßregel zu betrachten, wenn das Gesetz den Gläubigern gestattete, den Schuldner in Stücke zu hauen. Der öffentliche Credit war eiserne Nothwendigkeit, und man hatte kein anderes Mittel, ihn zu begründen. Der Egoismus schuf das Institut der Zinsen und durch die fehlende Zinsklage[86]) mußte die Aufnahme von Darlehen sehr erschwert werden. Ihre Einführung war dringendes practisches Bedürfniß und dennoch wurde sie nicht durch die Legislation eingeführt. Man hielt es ohne Zweifel für unsittlich, die Noth Anderer zum eignen Vortheil auszubeuten, und das Gesetz versagte die Zinsklage aus demselben Grunde, aus welchem das Canonische Recht im Mittelalter das Zinsnehmen als usuraria pravitas verbot. Allein dort, wie hier half sich der Verkehr selbst[87]); und man sieht an diesem Beispiel so recht deutlich, daß eine Opposition gegen die Gesetze der Natur ohnmächtig und thörigt ist. Wie man im Mittelalter zum Rentenkauf griff, so griffen die alten Römer zu einer Fiction. Sich anklammernd an die Worte des Zwölftafelgesetzes: Cum nexum faciet mancipiumque uti lingua

[85]) v. Savigny, über das altrömische Schuldrecht. Berlin 1834.

[86]) Vgl. oben S. 10.

[87]) Vgl. unten S. 10. Note 27.

Digitized by Google

nuncupassit, ita jus esto, erklärten sie, daß das eigentliche obligatorische Moment beim Geldbarlehen nicht in der materiellen Hingabe des Geldes, sondern in der Form, d. h. in der Zuziehung von aes und libra und im Gebrauch der solennia verba bestehe, und schlossen nun, indem sie die Zinsen für einen bestimmten Zeitraum berechneten, und als eignes Capital auffaßten, durch Anwendung der Form einen neuen Darlehnsvertrag[88]). Den so versprochenen Zins nannten sie nach den Worten des Gesetzes nuncupata pecunia[89]). Die Klage auf die Zinsen war also die gewöhnliche Darlehensklage: condictio certi. Es ergiebt sich, daß sie genöthigt waren, von Zeit zu Zeit den Zinsvertrag zu erneuern und dies geschah

---

[88]) Dieses fingirte Darlehen, diese, man kann sagen: imaginaria expensio, hieß später, als es in den codex accepti et expensi eingetragen wurde (expensum ferre). — expensilatio, wie die fingirte Zahlung, imaginaria solutio, mit dem Worte acceptilatio bezeichnet wurde. Gaj. III., 169. Das aus einem fingirten Darlehen geschuldete Geld hieß expensilata pecunia. Cic. pro Rosc. Comoed. cap. 5: — pecunia aut data aut expensilata. — — Die Bedeutung des codex accepti et expensi haben wir später in einem andern Zusammenhang zu erörtern. Hier wollen wir nur bemerken, daß wir die bisherigen Meinungen hierüber für irrig halten. Unserer Ansicht nach sind die Worte „Acceptum et expensum" ein alter Ausdruck für das, was man später novatio nannte. Codex accepti et expensi ist also ein Codex novationum. Die Rubrik „Accepta" enthält alle durch Novation getilgten actiones bon. fidei, die Rubrik „Expensa" alle an deren Stelle entstandenen actiones stricti juris aus fingirten Darlehen. Da jedem nomen in der Rubrik Accep ta ein nomen in der Rubrik Expensa entsprach: so bestand das ganze Geschäft in einer Umschreibung, transcriptio, und ein nomen, das in der einen Rubrik getilgt und auf der andern als fingirtes Darlehen notirt war, hieß daher nomen transcriptitium. Nomina arcaria hießen wirkliche Darlehensforderungen. Cf. Gaj. III. § 128 ff. Vergl. v. Savigny über den Litteralcontract der Römer. (Abh. der Academie 1816 – 1817. S. 289 ff.) Keller, Beiträge zu der Lehre von dem römischen Litteralcontract. (Sell's Jahrb. Braunschweig 1841. S. 93 ff.)

[89]) v. Savigny über das altrömische Schuldrecht. Berlin 1834.

Digitized by Google

von Calenden zu Calenden[90]). So bestand also das zinsbare Darlehen aus zwei Darlehensverträgen, einem wirklichen und einem fingirten, die perfect wurden durch den Gebrauch von aes und libra in Verbindung mit gewissen solennia verba und dem voraufging eine Vereinbarung mit rein factischem Character. Weil das eigentliche vinculum obligationis lediglich in der Anwendung einer Form bestand, so ward mit der Einführung des geprägten Geldes die Zuziehung der Geldwaage durchaus nicht überflüssig. An die Stelle der expensio trat die numeratio pecuniae, aber die Form der expensio mußte angewandt werden, um das Geschäft klagbar zu machen. Allmählig vernichtete aber auch hier die wachsende Lebendigkeit des Verkehrs die lästige Form und die numeratio pecuniae wurde für genügend gehalten, um das Geschäft bindend zu machen. Das so seiner alten, aus der Periode wirthschaftlicher Isolirtheit und Verkehrslosigkeit herstammenden, Form entkleidete Geschäft ist gemeint, wenn die Römischen Juristen das mutuum zu den contractus naturales oder juris gentium rechnen[91]). Für das fingirte Darlehen, worin ein Surrogat des Zinsvertrags lag, mußten natürlich die solennia verba bleiben; auch diese fielen allmählig weg, bis auf die correspondirende Frage und Antwort: Spondesne mihi dare? spondeo[92]). Weil hier die Form das vinculum obligationis bildete, konnte man sie benutzen, um jedes klaglose pactum, in welchem man sich zu einem dare verpflichtete, klagbar, ein auf

---

[90]) Schweppe, Röm. Rechtsgeschichte. § 260. Note 5.

[91]) Gaj. III. § 131: numeratio autem pecuniae jure naturali facit obligationem. Gaj. III. 132: — — numeratione pecuniae obligantur, quod genus obligationis juris gentium est. Vergl. Heft I., S. 6. Note.

[92]) v. Savigny a. a. O.

Digitized by Google

bloße bona fides verstelltes pactum fest und sicher zu machen: — stipulum facere[93]). So entstand die stipulatio[94]). Weil hier lediglich die Form, die verba, das obligirende Moment waren, so entstand mit der stipulatio der Begriff des Verbal-Contracts. Seine erste Entstehung aus einem fingirten Darlehen kam allmählig in Vergessenheit, aber die condictio certi ex stipulatu[95]) weist noch auf jenen Ursprung zurück.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, wie es kam, daß das zinsbare Darlehen, welches seiner Natur nach ein gegenseitiger Vertrag und zwar ein Miethvertrag ist, sich spaltete in drei Geschäfte: das rein factische pactum de mutuo dando, den Realcontract des mutuum, der durch numeratio perfect wurde, und die Zinsstipulation. In dieser Gestalt ist das zinsbare Darlehen in die Justinianeische Compilation übergegangen.

In der heutigen Theorie steht die Lehre von den Servituten außer allem Zusammenhang mit der Miethe, und weil man nicht erkannte, daß die Servituten ihrem Ursprung nach der Periode wirthschaftlicher Isolirtheit angehören, hat man natürlich nicht vermocht, das Wesen der Servitut zu erkennen und die eigenthümlichen Grundsätze dieses Instituts einfach aufgezählt, ohne sie auf ein wirkliches Princip zurückzuführen; der usus-

---

[93]) pr. J. d. V. O. (3. 16.) Pauli S. R. V. 7. § 1. Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum solennitate concipiuntur, et appellatae, quod per eas firmitas obligationum constringitur. Stipulum enim veteres firmum appellaverunt.

[94]) Die Ausdrücke expensilatio und stipulatio bezeichnen im Grunde ein und dasselbe Geschäft. Das Wort expensilatio drückt den juristischen Character des Geschäfts — des fingirten Darlehens, das Wort stipulatio den practischen Zweck des Geschäfts aus, ein klagloses Geschäft (negotium bonae fidei in der ursprünglichen Bedeutung des Worts) in ein klagbares (neg. stricti juris) umzuwandeln.

[95]) cit. pr. J. d. V. O. (3. 16.)

Digitized by Google

fructus erscheint als eine unerklärte Anomalie. Wir geben der Kritik anheim, zu entscheiden, ob es uns gelungen ist, jenen Zusammenhang zu begründen, den Begriff der Servitut aufzuhellen und die anomale Erscheinung des ususfructus gegenüber den andern Servituten zu erklären.

Die heutige Theorie des Civilrechts kennt ferner keine Beziehung zwischen der Miethe und dem zinsbaren Darlehen; beide Institute werden weit von einander getrennt und das letztere erscheint in der rein Römischen Form, d. h. in einer juristischen Gestalt, welche mit der Natur der Sache im directen Widerspruch steht. Endlich trennt man scharf die Miethe vom Kauf. Man giebt zwar Aehnlichkeiten beider zu, weiß aber Nichts davon, daß Miethe Kauf sei mit einer eigenthümlichen Waare und daß eine Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung nur durch die Eigenthümlichkeit dieser Waare veranlaßt sein kann.

Wir halten nun zunächst jene rechtliche Gestaltung des zinsbaren Darlehens, wie sie im Römisch-Justinianeischen Rechte erscheint, nicht für normgebend in Deutschland.

Es handelt sich bei der Reception des Römischen Rechts nur um die Reception von Rechtssätzen der Römer, nicht um die Reception von Vorstellungen der Römer über das Wesen von Rechtsgeschäften. Worin die Natur eines Rechtsgeschäfts bestehe, — dies ist eine Frage, bei welcher wir völlig freie Hand haben und an die Aussprüche des Römischen Rechts überall nicht gebunden sind. Können wir den Römern nachweisen, daß ihre Anschauung von der Natur eines Rechtsgeschäfts falsch[96]) ist: so verliert der Römische Begriff für uns alle Bedeutung, und wir sind berechtigt, auch alle Rechts-

[96]) Es versteht sich von selbst, daß hier nicht vom bloß subjectiven Meinen die Rede ist, sondern von der objectiven Gewißheit, daß die Römische Vorstellung verkehrt sei.

Digitized by Google

sätze als ungültig zu streichen, welche lediglich als Consequenzen der von uns als irrig erkannten Anschauung erscheinen.

Zinsen sind das Aequivalent für die Nutzung eines Werths, — dies bestreitet Niemand und kann Niemand bestreiten. Damit fällt die ganze Römische Gestalt des zinsbaren Darlehens über den Haufen. Es verschwindet die Trennung zwischen pactum de mutuo dando und dem mutuum, ebenso die Trennung zwischen dem mutuum und dem Zinsvertrage. Das Geschäft erscheint vielmehr als ein gegenseitiger Vertrag, wie die locatio conductio rei. Beide Geschäfte fallen unter den gemeinschaftlichen Begriff Miethe; für beide müssen daher im Ganzen dieselben Rechtsnormen gelten, nur daß beim zinsbaren Darlehen diejenigen Rechtssätze unanwendlich werden, deren factische Voraussetzung grade ist, daß der Gegenstand der Miethe nur zum Gebrauch, nicht aber zum Verbrauch hergegeben wird. Demnach gelten vom zinsbaren Darlehen folgende rechtliche Grundsätze:

I. Die Perfection des Vertrags erfordert die Einigung über einen bestimmten Werth als Darlehen und einen bestimmten Zins als Preis für die Nutzung.

1. Die Form des als Darlehen hingegebenen Werths ist gleichgültig. Der Werth muß aber bestimmt sein, wie der Gegenstand jedes Contracts. Wenn er nicht die Form des Geldes hat, so ist eine objective Bestimmtheit unmöglich, weil der Marktwerth eines Gegenstandes kein absoluter ist, sondern unbestimmt zwischen einem Maximum und Minimum liegt. Der Vertrag ist daher erst perfect, wenn entweder der Werth vertragsmäßig durch eine Taxe[97]) oder durch Verkauf[98]) des Empfängers festgestellt ist.

[97]) Vergl. cit. l. 8. C. (4. 2.)
[98]) cit. l. 11. pr. D. (12. 1.)

Digitized by Google

fructus erscheint als eine unerklärte Anomalie. Wir geben der Kritik anheim, zu entscheiden, ob es uns gelungen ist, jenen Zusammenhang zu begründen, den Begriff der Servitut aufzuhellen und die anomale Erscheinung des ususfructus gegenüber den andern Servituten zu erklären.

Die heutige Theorie des Civilrechts kennt ferner keine Beziehung zwischen der Miethe und dem zinsbaren Darlehen; beide Institute werden weit von einander getrennt und das letztere erscheint in der rein Römischen Form, d. h. in einer juristischen Gestalt, welche mit der Natur der Sache im directen Widerspruch steht. Endlich trennt man scharf die Miethe vom Kauf. Man giebt zwar Aehnlichkeiten beider zu, weiß aber Nichts davon, daß Miethe Kauf sei mit einer eigenthümlichen Waare und daß eine Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung nur durch die Eigenthümlichkeit dieser Waare veranlaßt sein kann.

Wir halten nun zunächst jene rechtliche Gestaltung des zinsbaren Darlehens, wie sie im Römisch-Justinianeischen Rechte erscheint, nicht für normgebend in Deutschland.

Es handelt sich bei der Reception des Römischen Rechts nur um die Reception von Rechtssätzen der Römer, nicht um die Reception von Vorstellungen der Römer über das Wesen von Rechtsgeschäften. Worin die Natur eines Rechtsgeschäfts bestehe, — dies ist eine Frage, bei welcher wir völlig freie Hand haben und an die Aussprüche des Römischen Rechts überall nicht gebunden sind. Können wir den Römern nachweisen, daß ihre Anschauung von der Natur eines Rechtsgeschäfts falsch[96]) ist: so verliert der Römische Begriff für uns alle Bedeutung, und wir sind berechtigt, auch alle Rechts-

[96]) Es versteht sich von selbst, daß hier nicht vom bloß subjectiven Meinen die Rede ist, sondern von der objectiven Gewißheit, daß die Römische Vorstellung verkehrt sei.

Digitized by Google

sätze als ungültig zu streichen, welche lediglich als Consequenzen der von uns als irrig erkannten Anschauung erscheinen.

Zinsen sind das Aequivalent für die Nutzung eines Werths, — dies bestreitet Niemand und kann Niemand bestreiten. Damit fällt die ganze Römische Gestalt des zinsbaren Darlehens über den Haufen. Es verschwindet die Trennung zwischen pactum de mutuo dando und dem mutuum, ebenso die Trennung zwischen dem mutuum und dem Zinsvertrage. Das Geschäft erscheint vielmehr als ein gegenseitiger Vertrag, wie die locatio conductio rei. Beide Geschäfte fallen unter den gemeinschaftlichen Begriff Miethe; für beide müssen daher im Ganzen dieselben Rechtsnormen gelten, nur daß beim zinsbaren Darlehen diejenigen Rechtssätze unanwendlich werden, deren factische Voraussetzung grade ist, daß der Gegenstand der Miethe nur zum Gebrauch, nicht aber zum Verbrauch hergegeben wird. Demnach gelten vom zinsbaren Darlehen folgende rechtliche Grundsätze:

I. Die Perfection des Vertrags erfordert die Einigung über einen bestimmten Werth als Darlehen und einen bestimmten Zins als Preis für die Nutzung.

1. Die Form des als Darlehen hingegebenen Werths ist gleichgültig. Der Werth muß aber bestimmt sein, wie der Gegenstand jedes Contracts. Wenn er nicht die Form des Geldes hat, so ist eine objective Bestimmtheit unmöglich, weil der Marktwerth eines Gegenstandes kein absoluter ist, sondern unbestimmt zwischen einem Maximum und Minimum liegt. Der Vertrag ist daher erst perfect, wenn entweder der Werth vertragsmäßig durch eine Taxe[97]) oder durch Verkauf[98]) des Empfängers festgestellt ist.

[97]) Vergl. cit. l. 8. C. (4. 2.)
[98]) cit. l. 11. pr. D. (12. 1.)

Digitized by Google

2. Die Zinsen müssen

a. ein pretium certum sein. Es ist regelmäßig, aber nicht wesentlich, sie in Procenten auszudrücken. Die Bestimmtheit kann aber eine rein objective sein. Es kann der übliche Zinsfuß beredet werden, wenn auch die Contrahenten keine Kenntniß von seiner Größe haben.

b. ein pretium verum, d. h. die Zinsen dürfen nicht so gering sein, daß sie gar nicht als Aequivalent für die Nutzung des Capitals betrachtet werden könnten[99]).

c. ein pretium justum, d. h. die Zinsen dürfen das gesetzliche Maximum von 5 Procent pro anno nicht übersteigen[100]).

d. Die Zinsen haben die Natur eines pretium und können daher nur in Dingen bestehen, welche als Tauschmittel gelten. Der Empfänger des Darlehens kauft die Nutzung des Capitals. Ein anderes Geschäft ist es, wenn die Nutzung eines Capitals getauscht wird, z. B. gegen die Früchte eines dem Gläubiger verpfändeten Grundstücks. Die Römer nennen dies pactum antichreticum[101]).

II. Der Gebrauch des Capitals kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingeräumt werden. Im letztern Fall wird die Zeit der Restitution durch einseitige Willenserklärung eines oder des andern Contrahenten, welche Kündigung heißt, bestimmt. Durch pactum adjectum kann der Zeitpunct einer gül-

---

[99]) Es darf also kein simulirtes Geschäft sein.

[100]) Die Nationalökonomik hat hinlänglich nachgewiesen, daß dieses Maximum, so gut es gemeint ist, doch der öffentlichen Wohlfahrt schade. Roscher, System I. § 189 und 192. „Die Wuchergesetze dienen nicht dazu, den Wucher zu unterdrücken, sondern ihn zu verstärken." J. B. Say a. a. O. Man hebe daher die Wuchergesetze auf und überlasse den Darleiher, welcher ausnahmsweise die Noth der Armen ausbeutet, der öffenlichen Verachtung!

[101]) L. 11. § 1. D. d. pign. (20. 1.)

Digitized by Google

tigen Kündigung und überdies eine Frist beredet werden, welche dem Empfänger des Darlehens nach geschehener Kündigung für die Restitution verbleiben soll, z. B. halbjährige Kündigung in bestimmten Terminen.

III. Die Pflicht zur Restitution ist mit der Perfection des Vertrags nur eine bedingte, wie bei der locatio conductio rei und wird erst durch die Auszahlung des Capitals eine unbedingte.

IV. Der Miether bekommt das uti frui der res locata, der Empfänger des Darlehens also das Recht des Verbrauchs, da der dargeliehene Werth, welche Form er auch haben möge, stets ausgedrückt ist in einer Summe Geldes und das uti frui des Geldes nur durch Consumption möglich ist.

V. Daraus folgt, daß wenn der dargeliehene Werth die Form des Geldes hat, der Empfänger des Darlehens das Eigenthum am Gelde bekommt, wenn es der Geber des Darlehens hatte. Denn da der Empfänger das Geld consumiren soll, so wird es mit dem animus dominii transferendi gegeben und mit dem animus dominii accipiendi genommen. Ist das gegebene Capital res aliena und wird vom Eigenthümer vindicirt: so kann die Auszahlung eines andern Capitals verlangt werden [102]). Außerdem ist ein contractlicher Anspruch aufs Interesse möglich.

VI. Aus dem Vertrage entspringt

1. einerseits das Recht auf Ueberlieferung des versprochenen Capitals [103]) zur verabredeten Zeit. Wenn die Auszahlung nicht

---

[102]) Vergl. L. 9. pr. D. Loc. cond. (19. 2.)

[103]) Dies kann sich bereits aus irgend einem Grunde, z. B. ex deposito, in den Händen des Anleihers befinden. L. 4. D. d. reb. credit. (12. 1.)

Digitized by Google

rechtzeitig erfolgt, so findet ein contractlicher Anspruch aufs Interesse Statt. Das Interesse kann ganz oder theilweise in der Aufhebung des Vertrags bestehen. Letzteres dann, wenn der Contrahent, der das Capital empfangen soll, anderweitig ein Capital aufnimmt. Muß er hier höhere Zinsen versprechen, so haftet der andere Contrahent ihm für das Plus, soweit es nicht durch propria culpa entstanden ist. Bei der Aufnahme eines anderweitigen Capitals ist er nicht verpflichtet, sich besondere Mühe zu geben, um ein Capital zu demselben Zins zu bekommen; propria culpa ist ihm nur dann beizumessen, wenn er ein Capital zu höherem Zins aufnimmt, obgleich ihm ein Capital zu demselben Zins zu Gebote stand.

2. Andrerseits hat der Contrahent, welcher das Darlehen versprochen hat, ein Recht auf Zahlung des versprochenen Zinses nach Ablauf der Zeit des Gebrauchs oder der besonders beredeten Termine, im Falle der mora überdies auf Verzugszinsen. Ebenso nach Ablauf der Zeit des Gebrauchs eine Klage auf Restitution des Capitals, d. h. da der Gebrauch im Verbrauch bestand, auf Restitution in genere. Geschieht die Restitution nicht rechtzeitig, so tritt ein Anspruch aufs Interesse ein.

VII. Wird nach Ablauf der Zeit des Gebrauchs das Capital weder von der einen Seite gefordert, noch von der andern Seite restituirt, so kann nach Umständen [104]) auch hier eine relocatio tacita eintreten, d. h. die Zinsen laufen fort bis zur wirklichen Eincassirung. Die Ausnahme, welche bei der locatio conductio für ländliche Grundstücke gemacht ist, kann auch hier analoge

---

[104]) Die Umstände müssen einen sichern Schluß auf die stillschweigende Einwilligung zulassen. Dieser Schluß läßt sich nicht machen, wenn der ursprüngliche Contract in einer bestimmten Form geschlossen ist. L. 13. § 11. D. Locati conducti (19. 2.): — nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est.

Digitized by Google

Anwendung finden, wenn nämlich das Capital in einem landesüblichen Termin zurückgezahlt werden soll und der ganze Geldverkehr in diesen Terminen Statt zu finden pflegt. In diesem Fall muß eine Relocation bis zum nächsten landesüblichen Termin angenommen werden.

VIII. Wie der Locator die öffentlichen Lasten der res locata zu tragen hat, so muß auch der Geber des Darlehens von dem Capital die Vermögenssteuer entrichten, wo solche staatsrechtlich Statt findet.

IX. Kann nach abgeschlossenem Vertrage der Contrahent, der das Darlehen empfangen soll, aus einem zufälligen Grunde keinen Gebrauch davon machen, so bleibt von der andern Seite der Anspruch auf die verabredeten Zinsen, wenn auch das Capital nicht ausgezahlt wird. Erklärt Jener ausdrücklich oder stillschweigend[105]), daß er das Capital nicht haben wolle, so sind die Zinsen sofort zu zahlen, weil der, welcher die res locata nicht gebrauchen will, dem gleich steht, der sie gebraucht hat[106]).

X. Von der Aufhebung des aus dem Vertrage entspringenden obligatorischen Verhältnisses als einer Quelle von Rechten und Pflichten, ist zu trennen die Aufhebung der durch den Vertrag entstandenen gegenseitigen Rechte und Pflichten. Das Verhältniß erlischt:

1. Durch Ablauf der Zeit des Gebrauchs.

2. Durch einseitigen Rücktritt:

a. des Gebers wegen zweijährigen Zinsrückstandes, wegen dringenden eignen Bedürfnisses, wegen Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Empfängers.

---

[105]) Vgl. L. 24. § 2. D. loc. cond. (19. 2.) — deseruerit fundi culturam. Siehe unten S. 44.

[106]) — cit. l. 24. § 2. — potest cum iis statim agere.

Digitized by Google

b. des Nehmers, wenn er durch nicht rechtzeitige Auszahlung des Capitals an dessen Gebrauch verhindert wird.

Alle diese Sätze entsprechen durchaus dem practischen Bedürfniß; jeder Geschäftsmann, welcher mit dem Geldverkehr vertraut ist, wird ihre Nothwendigkeit zugeben. Wenn nun alle diese Sätze sich aus der Natur des zinsbaren Darlehens als Miethe einfach und leicht entwickeln, während sie sich aus der Römischen Anschauung theilweise gar nicht und theilweise nur mit Gewalt entwickeln lassen, so folgt, daß die Römische Anschauung nicht in das Deutsche Rechtsbewußtsein eingedrungen ist, und wir, auch abgesehen von dem oben angeführten Grunde, berechtigt sind, das zinsbare Darlehen nach den Grundsätzen der locatio conductio zu behandeln.

Wie das zinsbare Darlehen mit der locatio conductio, so vereinigt sich wieder die locatio conductio mit der emptio venditio unter einen Gesichtspunct. Miethe ist Kauf; nur die Waare ist eine eigenthümliche, deren Tradition da, wo es sich um die Productivdienste eines materiellen Guts handelt, ohne Uebergabe dieses Guts selbst unmöglich ist und daher die Quelle besonderer Rechte und Pflichten wird. Miethe ist also ein durch stillschweigendes pactum adjectum modificirter Kauf.

Zur Perfection des Geschäfts gehört also: Einigung über res und pretium.

a. Res ist hier nicht die res locata, sondern deren Productivdienst. Das Römische Recht nimmt bei der Miethe an, daß es sich um die vollen Productivdienste der res locata handle, eine Annahme, welche für die Periode der Arbeitstheilung und entwickelter Industrie als stillschweigende Meinung der Contrahenten vollkommen gerechtfertigt ist. Es bedarf also einer Beredung über den Umfang der Productivdienste nicht, vielmehr versteht sich, wenn eine Beschränkung nicht verabredet worden

Digitized by Google

ist, von selbst, daß der Miether nicht bloß das uti, sondern auch das frui haben wolle und solle[107]). Eine Consequenz hieraus ist dann die Berechtigung des Miethers zur Aftervermiethung[108]).

b. Das pretium muß die Natur des Kaufpreises haben[109]).

Da das Object des Geschäfts nicht in der res locata, sondern in ihren immateriellen Productivdiensten besteht, welche als besondere Güter erst im Augenblick ihrer Nutzung, d. h. ihrer Consumption durch den Miether entstehen[110]), so folgt, daß der Vermiether seine contractlichen Verpflichtungen nicht, wie der Verkäufer einer Sache, uno actu erfüllen kann. Sein, wenn man so sagen will, — Traditionsgeschäft besteht in einer fortlaufenden Reihe von Leistungen und ist erst mit dem Ablauf der Miethzeit beendigt[111]). In jedem Augenblick, in

---

[107]) L. 9. pr. D. Locati cond. (19. 2.) — teneri ei, qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere.

[108]) L. 6. C. d. loc. et cond. (4. 65.): Nemo prohibetur rem quam conduxit fruendam alii locare, si nihil aliud convenit.

[109]) L. 52. D. d. donat. inter V. et U. (24. 1.) L. 10 in f. d. A. R. P. (41. 2.) § 2. J. d. loc. et cond. (3. 24.) Vergl. Heft I., S. 24. 25. 26. Die Frage: An sine numis locatio dici quae possit? kann ebenso aufgeworfen und muß ebenso beantwortet werden, wie die: an sine numis venditio dici quae possit? Auch für die Productivdienste einer Sache ist Kauf und Tausch möglich. Der Tausch bildet also nicht bloß einen Gegensatz zur emptio venditio, sondern auch zur loc. conductio.

[110]) Ebenso bei der loc. cond. operarum. Die loc. cond. operis hat das Eigenthümliche, daß ihr Gegenstand nicht die Productivdienste der Arbeit sind, sondern dieser in einem durch die Arbeit zu producirenden materiellen oder immateriellen Werth (opus) besteht. Die zur Herstellung des opus nöthige Arbeit ist also nur indirect Gegenstand des Geschäfts.

[111]) Ebenso bei der loc. c. operarum. Anders bei der l. c. operis. Der redemptor operis erfüllt seine Verpflichtung uno actu durch die Ueberweisung des verabredeten in der gehörigen Art oder Form hergestellten

Digitized by Google

welchem der Miether irgend einen Productivdienst der res locata in Anspruch nimmt, stellt sie ihm der Vermiether zur Disposition: locat rem, ut utetur fruetur. Hieraus folgt, daß der Vermiether den Preis für seine Leistungen, — die Miethe, erst nach Beendigung der Miethzeit fordern kann, wenn ihn nicht während derselben der Miether ausdrücklich oder stillschweigend seiner Verpflichtungen entbindet. Im letzteren Fall kann er sofort seine Miethe verlangen und zwar die volle Miethe; denn er hat seinen Contract erfüllt und dies ist das entscheidende Moment. Daher giebt denn auch Paulus folgende Entscheidung: Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum iis statim agere [112]). Es folgt ferner, daß wenn der Vermiether während der Miethzeit durch casus verhindert wird, seinen Contract weiter zu erfüllen, er den Preis für seine bisherigen Leistungen fordern könne. Denn in der beredeten Miethsumme steckt der Preis für jeden einzelnen Productivdienst, den er dem Miether leistet, und diesen Preis muß der Miether, soweit ihm geleistet ist, natürlich bezahlen. Dies Alles gilt ebenfalls von der locatio conductio operarum.

Was der Miether kauft, sind rein immaterielle Güter, welche mit ihrer Entstehung consumirt werden. Folglich kann von einem Uebergang der Gefahr auf den Miether nicht die Rede sein; ebenso wenig ist eine Eviction möglich. Geht also die res locata während der Miethzeit casu unter, so steht

---

opus. Nicht die Arbeit (operae), sondern das durch die Arbeit entstandene Product (opus) ist gekauft. Daher ist der redemptor operis während der Herstellung des opus den Anordnungen des locator operis nicht unterworfen,

[112]) cit. l. 24, § 2. D. loc. cond. (19. 2.)

Digitized by Google

dem Anſpruch auf die volle Miethe die exceptio non adimpleti contractus entgegen. Wird dem Miether die res locata evincirt, ſo hat er keinen Anſpruch auf Evitionsleiſtung, ſondern auf einfache Contractserfüllung. Dies wird denn auch ausdrücklich von Ulpian ausgeſprochen: Si quis, ſagt er, domum bona fide emptum vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit: ut ei praestetur frui quod conduxit licere[113]).

---

[113]) cit. l. 9. pr. D. Loc. cond. (19. 2.)

Digitized by Google

III.

Umlauf der Güter (Fortsetzung). Die Schenkung.

Die absichtliche Vernichtung eines Werths heißt Consumption. In der Privatökonomie hat das Wort eine weitere Bedeutung. Hier ist ein Werth auch dann consumirt, wenn Jemand sich desselben entäußert, ohne ihn objectiv zu vernichten. Es kann daher ein Werth nationalökonomisch fortbestehen, während er vom Standpunct der Privatökonomie consumirt ist. Dies ist wieder in doppelter Weise möglich. Die Consumption kann hier eine bloße Entäußerung sein oder gleichzeitig die Uebertragung des Werths auf einen Andern enthalten. Im letzteren Fall ist das Geschäft *Schenkung*, von den Römern *donatio* genannt.

Der Begriff der Schenkung hat seine *Geschichte*, wie der Begriff der Güter. Die Geschichte des einen Begriffs *geht parallel* mit der Geschichte des andern. So lange man unter Gütern bloß *körperliche* Gegenstände versteht, beschränkt sich auch der Begriff der Schenkung auf *solche* Güter und jede Schenkung enthält die Uebertragung des *Eigenthums einer Sache*. Sobald sich *ideell juristische* Güter bilden, erweitert sich dann der Begriff der Schenkung von den bona

Digitized by Google

naturalia auf die bona civilia. Wenn endlich die feinere ökonomische Berechnung neben dem Tauschwerth den Gebrauchswerth entdeckt, erweitert sich endlich der Begriff auf die Uebertragung des Gebrauchswerths von Arbeit und Capital.

So hat die Schenkung bei allen Völkern zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene Bedeutung gehabt. Auch bei den Römern hat sie jenen Entwicklungsgang durchgemacht. Pomponius kennt schon die Schenkung des Gebrauchswerths eines Capitals. In aedibus alienis habitare gratis, sagt er, donatio videtur[114]). Ebenso unzweifelhaft ist, daß Paulus die Schenkung des Gebrauchswerths der Arbeit kennt. Denn er spricht von der condictio indebiti auf Erstattung des Werths indebite geleisteter Arbeit[115]), — und sagt an einer andern Stelle[116]): Cujus per errorem dati repetitio ejus consulto dati donatio est. Modestinus endlich findet in dem zinsenlosen Darlehen ebenfalls eine Schenkung[117]).

Hieraus folgt, daß im Justinianeischen Rechte jede unentgeldliche Uebertragung eines Werths Schenkung ist, gleichviel, ob der Empfänger den Tauschwerth eines Capitals oder den Gebrauchswerth von Capital oder Arbeit lucriren soll. Im letzteren Fall enthält sie weder eine Vermögensverminderung für den Schenker noch eine Vermögensvermehrung für den Beschenkten[118]). Der Schenker verliert nur auf bestimmte Zeit die Productivdienste von Arbeit oder Capital, d. h. eine Vermögens-Quelle und eben dies erwirbt nur der Beschenkte.

---

[114]) L. 9. pr. d. don. (39, 5.)

[115]) L. 26. § 12. D. d. condict. indebiti (12. 6.).

[116]) L. 53. D. d. R. J. (50. 17.)

[117]) L. 23. pr. D. d. donat. (39. 5.) — — in ea donatione —

[118]) Die Productivdienste von Capital oder Arbeit sind immaterielle Werthe; aber nicht alle immateriellen Werthe sind Vermögensbestandtheile. Vgl. Heft I. S. 14. 15.

Digitized by Google

Die Nationalökonomik sieht in der Schenkung keine Consumption, weil der geschenkte Werth bleibt und nur aus einer Hand in die andere übergeht. Die Schenkung gehört also nationalökonomisch in die Lehre vom Umlauf der Güter. Sie ist ein Vertrag, weil aller Umlauf der Güter auf Vertrag beruht; sie ist ein Vertrag unter Lebenden, weil der Begriff „Umlauf der Güter" sich wesentlich auf Lebende beschränkt. Unter den Verträgen, welche den Umlauf der Güter vermitteln, bildet sie die Ausnahme von der Regel: — den reinen Gegensatz gegen Tausch im weitesten Sinne des Worts. Wo der Beschenkte den Tauschwerth eines Guts lucriren soll, ist sie der reine Gegensatz gegen die venditio et emtio[119]); wo der Beschenkte den Gebrauchswerth von Arbeit oder Capital lucriren soll, ist sie der reine Gegensatz gegen locatio conductio und umfaßt hier einerseits: das mandatum und depositum, andererseits das precarium, commodatum und das einfache mutuum ohne Zinsstipulation.

Die heutige Theorie des Civilrechts ist in Verlegenheit über die Frage: welche Stelle der Schenkung im System anzuweisen sei? Dies ist sehr erklärlich; jedoch nicht aus dem Grunde, weil die Schenkung nicht ein einzelnes Geschäft, sondern ein allgemeiner Character wäre, den die allerverschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen könnten. Die Schenkung ist allerdings ein einzelnes Geschäft, wie der Verkauf, und ebenso wenig, wie dieser, ein allgemeiner Character für die verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte. Nur der Gegenstand der Schenkung kann

---

[119]) Dem Kaufcontract steht das Schenkungsversprechen gegenüber. Beide Geschäfte gehören in die Lehre vom Credit. Es ist ein Irrthum, wenn man meint, daß der Kauf stets Entstehungsgrund einer Obligatio sei. Es giebt einen Kauf und einen Credit-Kauf, und dem entsprechend eine Schenkung, dando und promittendo.

Digitized by Google

verſchieden ſein, wie der Gegenſtand des Verkaufs. Der Grund, weshalb man im Syſtem mit der Schenkung nicht zu bleiben weiß, iſt, weil die Syſteme nicht auf die Natur der Verkehrsverhältniſſe gebaut ſind, — weil ſie keinen reellen naturgeſchichtlichen Boden haben, ſondern ſich mehr oder weniger dem Römiſchen Syſtem anſchließen, welches zum großen Theil lediglich durch hiſtoriſch zufällige Einflüſſe ſeine Geſtalt erhalten hat, mit Einem Wort, weil alle bisherigen Syſteme — falſch ſind[120]). Von unſerem Standpunct aus ergiebt ſich die Stellung, welche die Schenkung im Syſtem des Civilrechts einzunehmen hat, von ſelbſt aus ihrer nationalökonomiſchen Bedeutung.

Es hat ferner unſeren Juriſten Schwierigkeit gemacht, den Begriff der Schenkung feſtzuſtellen. Dies rührt zunächſt daher, daß man neben dem ökonomiſchen Begriff noch einen beſondern juriſtiſchen Begriff ſuchte. Die Rechtsvorſchriften, welche von Schenkungen handeln, beziehen ſich auf den ökonomiſchen Begriff und ſchließen nur ex ratione legis gewiſſe Schenkungen aus. Ueberdies iſt ein poſitiver juriſtiſcher Begriff gar nicht aufzuſtellen. Eine juriſtiſche Schenkung könnte immer nur eine, mit gewiſſen Ausnahmen verſehene, ökonomiſche ſein, wodurch nothwendig ein negativer Begriff entſtehen würde. Anſtatt einen juriſtiſchen Begriff der Schenkung aufzuſuchen, hat man da, wo jene Rechtsvorſchriften in concreto zur Anwendung kommen ſollen, zu prüfen: 1) ob eine Schenkung im

[120]) Die Stellung der Schenkung in den gangbaren Syſtemen iſt daher mehr oder weniger Sache der Willkühr. Man kann vom Standpunct dieſer Syſteme Nichts dagegen einwenden, daß ſie bei den Erwerbsgründen des Eigenthums abgehandelt wird; ebenſo wenig daß man ſie ins Obligationenrecht verweiſ't oder ſie auseinander reißt und ſtückweiſe in verſchiedenen Lehren erörtert. Am allerwenigſten aber iſt es zu billigen, daß ſie in die „allgemeinen Lehren" des Civilrechts verwieſen wird; denn ſie iſt ein ſpecifiſches Geſchäft und gehört ebenſo wenig in den allgemeinen Theil, wie Kauf und Miethe.

Digitized by Google

ökonomischen Sinne des Worts vorliegt und, wenn dies der Fall, 2) ob diese Schenkung auch unter die ratio legis falle?[121])

Unklare Einsicht in die ökonomische Bedeutung der Schenkung und die Nichtbeachtung des Umstandes, daß der Schenkungsbegriff seine eigne Geschichte hat, ist die Veranlassung zu mehreren Irrthümern geworden: einmal, daß die Schenkung des Gebrauchswerths als Ausnahme zu betrachten sei; zweitens daß die unentgeldliche Zuwendung des Gebrauchswerths nicht alle Mal Schenkung sei; endlich, daß jede Schenkung wesentlich eine Vermögensverminderung für den Geber und eine Vermögensvermehrung für den Empfänger enthalten müsse. Die Schenkung des Gebrauchswerths ist keine Ausnahme, sondern eine durch die wachsende Intelligenz entstandene Erweiterung des Schenkungsbegriffs. Die vertragsmäßige unentgeldliche Zuwendung des Gebrauchswerths ist daher stets eine Schenkung. Endlich, wo der Gebrauchswerth geschenkt wird, kann nie eine Vermögens-Vermehrung und beziehungsweise Verminderung vorliegen, weil die Productivdienste von Arbeit und Capital Güter sind, welche nicht als Bestandtheile des Vermögens gelten.

---

[121]) Die ratio legis über die Revocation wegen Undanks umfaßt alle Schenkungen, nur natürlich diejenigen nicht, für welche der Schenker den Dank schon vorweg hat, d. h. die remuneratorische. L. 10. C. d. reroc. donat. (8. 56.) und l. 34. § 1. D. d. donat. (39. 5.) Modestinus ist der Ansicht, daß die Vorschrift über die Insinuation der Schenkungen die Fälle nicht umfasse, wo der Beschenkte nur den Gebrauchswerth lucriren soll L. 23. D. d. donat. (39. 5.) Die ratio des Verbots der donatio inter virum et uxorem endlich ist ausgesprochen in L. 1. 2. 3. pr. D. d. donat. inter V. et U. (24. 1.) Die Frage also, ob in concreto eine Schenkung unter Ehegatten gültig sei, ist eine reine Interpretationsfrage, bei der unsere Richter völlig freie Hand haben, wie bei jeder andern Interpretionsfrage.

Rostock. Druck von Adler's Erben.

Digitized by Google

Nationalökonomie und Jurisprudenz.

Von

H. Dankwardt,
Advocaten zu Rostock.

Drittes Heft.

IV. Umlauf der Güter (Fortsetzung). Spiel und Wette.
V. Vom Handel. VI. Der Credit.

Rostock.
G. B. Leopold's Universitäts-Buchhandlung.
(Ernst Kuhn.)
1858.

Digitized by Google

In den Wissenschaften besitzt ein Jeder nur soviel, als er wirklich denkt und begreift; was er nur glaubt und auf die Auctorität eines Andern annimmt, das ist nur Abgang und Auskehricht, welches, soviele Haufen man auch davon sammelt, doch das Capital des Sammlers nicht wesentlich vermehrt. Solch ein erborgter Schatz ist nicht besser, als bezaubertes Geld, welches in der Hand des Gebers Gold ist, aber in Blätter und Staub sich verwandelt, sobald man es ausgiebt.

Locke.

Digitized by Google

IV.

Umlauf der Güter (Fortsetzung). Spiel und Wette.

Die absichtliche Erzeugung eines Werths ist Production genannt worden [1]). In der Privatökonomie hat das Wort eine weitere Bedeutung. Hier ist ein Werth auch dann producirt, wenn Jemand ihn in sein Vermögen bringt, ohne ihn objectiv erzeugt zu haben. Es kann daher ein Werth nationalökonomisch bereits vorhanden sein, während er vom Standpunct der Privatökonomie erst producirt wird. Dies ist wieder in doppelter Weise möglich. Die Production kann hier eine bloße Aneignung sein oder gleichzeitig die Uebertragung von Seiten eines Andern enthalten. Der Wille dieses Andern ist dann entweder unfrei (Gewalt, Betrug) oder frei. Ein Productionsgeschäft der letzteren Art ist das Spiel im ökonomischen Sinne des Worts.

Spiel ist das gegenseitige Versprechen eines Werths unter einander entgegengesetzten Bedingungen in der directen Absicht jedes Contrahenten, auf Kosten des Andern einen Werth zu produciren. Dies letztere Merkmal unterscheidet das Spiel von der Wette. Die Wette besteht in

[1]) Heft I. S. 18.

Digitized by Google

dem gegenseitigen Versprechen einer Conventionalpoen, wodurch man einer Behauptung Nachdruck geben will. Spiel und Wette sind Geschäfte, welche nach Inhalt und Resultat sich gleich sind. Der Unterschied liegt nur in dem Zweck der Contrahenten. Der Spieler tritt als Producent auf; wer wettet, will bestrafen, und der Erwerb, wenn er gewinnt, ist nur eine Folge. Dabei ist jedoch zu beachten, daß man spielen kann in der Form der Wette[2]). Man wettet dem Ausdruck nach, weil es unter Umständen unanständig ist zu spielen, oder weil aus dem Spiel keine Klage auf den Gewinn Statt findet. Der Spieler sieht in dem Gewinn ein beabsichtigtes Product; wer wettet, sieht darin nur eine Strafe des Andern. Weil der Character des Spiels darin liegt, daß es vom Standpunct des Spielers ein Productionsgeschäft ist, deshalb giebt es auch ein Gewerbe des Spiels, — gewerbsmäßige Spieler, aber keine gewerbsmäßigen Wetter; jedoch kann man das Spiel gewerbsmäßig in der Form der Wette treiben[3]).

Wir haben hier den ökonomischen Begriff des Spiels definirt. Daneben giebt es (und dies ist wohl zu beachten) einen socialen Begriff des Spiels: es giebt ein Spiel im gesellschaftlichen Sinne. Spiel in diesem Sinne ist Scherz im Gegensatz von Ernst. „Spielen" heißt „Scherz treiben" im Gegensatz einer ernstlichen Beschäftigung. Spielen ist ferner Nachahmung eines ernsten Geschäfts. „Wir spielen nur" heißt:

---

[2]) Auch in der Form anderer Geschäfte, z. B. des Kaufs.

[3]) Es giebt Personen, welche fast bei jeder Behauptung eine Wette proponiren. Dies sind Menschen von starkem Selbstgefühl oder starker Streitlust. Sie wetten leidenschaftlich, aber nicht gewerbsmäßig. Es giebt auch leidenschaftliche Spieler; aber ihre Leidenschaft ist eine andere, wie die des leidenschaftlichen Wetters: — Gewinnsucht.

Digitized by Google

„wir ahmen nur nach". So spielen Kinder „Mann und Frau"; so spielt man Komödie, — stellt Könige und Kaiser vor, verlobt und verheirathet sich auf der Bühne, und — die Schauspieler, gefragt, würden antworten: „wir spielen nur". Oft ist das ernste Original, welches im Spiel nachgeahmt wird, nicht leicht und mitunter gar nicht mehr aufzufinden. Das Spiel ist häufig die Nachahmung eines Kampfes. Dahin gehören: Schach, Dame und die meisten Kartenspiele.

Das ökonomische Spiel kann (und dies ist wohl zu beachten) mit dem gesellschaftlichen Spiel verbunden sein. Dies geschieht sehr häufig, weil man (wenn die Gewinnsucht in den Spielern nicht ein zu starkes Uebergewicht hat) es natürlich vorzieht, sich neben dem eigentlichen Gewinngeschäft noch gleichzeitig zu amüsiren. So spielen Manche lieber Schach um Geld, als Roulet.

Es kann endlich noch eine Wette hinzutreten. So können zwei Personen miteinander Schach, die Partie um einen Ld'or spielen, und ein Spieler wettet mit dem andern einen zweiten Ld'or, indem er behauptet, daß er die Partie gewinnen werde. Bei allen Kartenspielen, bei denen bête gesetzt wird, ist stets mit dem Spiel die Wette verbunden. Das bête ist eine Strafe, welche den Verlierenden noch neben dem Spielverlust trifft. Daß die Spieler sich dieses Unterschieds nicht bewußt sind, weil sie nicht darüber nachgedacht haben, kann an dem Begriff der Sache Nichts ändern.

Die Römer nennen das Spiel im Allgemeinen lusus und bezeichnen das Wort „spielen" im Allgemeinen durch ludere. Für Geld spielen heißt in pecuniam ludere[4]). Wenn sie gleich keine Ausdrücke für das Spiel im ökonomischen und

[4]) L. 2. D. d. aleator. (11. 5.)

Digitized by Google

gesellschaftlichen Sinne haben: so machen sie doch diesen Unterschied. Es werden nämlich in einem Senatusconsultum als Spiele aufgeführt: das certare hasta vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, und bestimmt, daß nur bei diesen Spielen erlaubt sei, in pecuniam ludere, und als Grund angegeben: quod virtutis causa fiat. Das heißt also: das Spiel im ökonomischen Sinne ist nur erlaubt in Verbindung mit dem Spiel im gesellschaftlichen Sinne, und auch dann nur, wenn das letztere die Nachahmung eines Kampfes, ein certare ist, das zur Kräftigung des Körpers dient[5]).

Unsere Jurisprudenz hat sich alle nur erdenkliche Mühe gegeben, den Begriff des Spiels festzustellen. Die Versuche sind, wie uns scheint, mißlungen aus folgenden Gründen:

1) Man dachte nicht an einen Unterschied zwischen dem Spiel im ökonomischen und im gesellschaftlichen Sinne, und übersah folglich, daß die Rechtsvorschriften über Spiel lediglich das Spiel im ersteren Sinne, und da, wo beide verbunden sind, nur den ökonomischen Theil des Spiels im Auge haben. Dies hatte eine doppelte Folge. **Erstens:** Man suchte nach einem allgemeinen Spielbegriff, ohne jene Unterscheidung, das heißt, man suchte nach einem Begriff, der nicht existirt; denn es giebt keine gemeinschaftlichen Merkmale für das Spiel im ökonomischen und gesellschaftlichen Sinne, sondern nur eine Verbindung beider Spiele in der mannigfaltigsten Form, von denen jedes seinen eigenen Begriff hat. Man gelangte daher nothwendig auf einen unrichtigen Begriff und legte in diesen Begriff wesentliche Merkmale hinein, welche nur dem Spiel im gesellschaftlichen Sinne wesentlich sind. Daher verlangt Thöl[6]) für das

[5]) L. 2. cit.

[6]) Thöl, der Verkehr mit Staatspapieren, S. 267.

Digitized by Google

Spiel ein „Spielen", also daß der Ausgang durch die Thätigkeit der Contrahenten herbeigeführt werde, und kommt, auf diesem Wege consequent fortschließend, dahin: Geschäften, in welchen Jedermann ein Spiel erblickt, diesen Character abzusprechen z. B. dem Differenzgeschäft [7]). Das Differenzgeschäft ist ein durch die Form des Verkaufs und Kaufs verhülltes Spiel; zwar nicht ein Spiel im gesellschaftlichen Sinne (denn dazu gehört ein „spielen", was nicht vorliegt), sondern im ökonomischen Sinne (denn dazu gehört wesentlich nur die Absicht jedes Contrahenten, auf Kosten des Andern einen Gewinn zu machen, welche entschieden vorliegt). Andererseits erklärte man Geschäfte für Spiele, worin Jedermann eine Wette erblickt. **Zweitens**: Man wandte die Rechtsvorschriften über das Spiel unrichtig an. Man wandte sie auf Wetten an, die man irrthümlich für Spiele hielt, und wandte sie auf Spiele nicht an, weil man sie irrthümlich für Wetten hielt. So ließ man namentlich beim Differenzgeschäft die Klage auf die Preis-Differenz zu [8]), weil das Geschäft eine Wette sei.

2) Man hat übersehen, daß häufig gespielt wird in Form der Wette.

3) Man hat den eigentlichen Character des Spiels in andern Merkmalen, als in der Absicht der Contrahenten gesucht; oder

4) diese Absicht unrichtig aufgefaßt. So Puchta [9]): „Das Wagniß [10]) von Gewinn und Verlust ist der einzige

---

[7]) Thöl a. a. O. S. 268.

[8]) Thöl a. a. O. S. 272.

[9]) Puchta, Pand. § 258.

[10]) Wenn man Spiel und Wette zu den gewagten Geschäften rechnet, so rechnet man sie, genau besehen, zu den — — übrigen Geschäften. Denn es giebt kein Geschäft im Verkehr, das nicht mehr oder weniger ein

Digitized by Google

materielle Zweck." Nicht das „Wagniß", d. h. nicht der eigenthümlich aufregende Seelenzustand, welcher durch gleichzeitige Hoffnung zu gewinnen und Sorge zu verlieren entsteht, ist die Absicht des Spielers; seine Absicht ist lediglich, auf Kosten seines Contrahenten einen Gewinn zu machen. Dieser Zweck ist nur begleitet von dem Bewußtsein, daß man, anstatt zu gewinnen, sehr leicht auch verlieren könne. Weil Puchta nun, was durchaus unzutreffend ist, für Spiel und Wette einen und denselben Zweck der Contrahenten annimmt, und andererseits sich nicht verhehlen kann, daß Spiel und Wette begrifflich verschieden sind, so bleibt ihm, da der Inhalt des Geschäfts kein unterscheidendes Merkmal bietet, gar Nichts weiter übrig, als das Spiel für einen Complex von Wetten zu erklären. Diesen Ausweg eröffnet ihm das Spiel im gesellschaftlichen Sinne, bei welchem wesentlich eine Wiederholung desselben Acts vorkommt. Aber, weil man nicht aus dem Begriff des gesellschaftlichen Spiels Kriterien für den Begriff des ökonomischen Spiels hernehmen darf, so war jene Begriffsbestimmung ein Schluß aus falschen Prämissen und ihre Unrichtigkeit wird durch einen einzigen Blick auf das practische Leben bewiesen, welcher zeigt, daß das Spiel um Geld nicht nothwendig ein Complex von Geschäften ist[11]). Von den Juristen, welche sich mit der Begriffsentwicklung von Spiel und Wette beschäftigt haben, scheint uns v. Vangerow der Wahrheit am nächsten gekommen zu sein[12]).

---

gewagtes wäre. Wer z. B. einmal ein actio pro socio angestellt und durchgeführt hat, dem wird sofort klar, daß die societas eines der gewagtesten Geschäfte ist, welche es giebt, weil das Recht in vielen Fällen sehr wenig Schutz gewährt, wenn der socius nicht aus eigenem Antriebe seine Pflicht erfüllen will.

[11]) Thöl a. a. O. S. 263. Note 52.

[12]) v. Vangerow, Leitfaden Bd. III. § 673.

Digitized by Google

Es finden sich übrigens hier, wie bei allen Geschäften, concrete Fälle, in denen die sorgfältigste Forschung nicht im Stande ist, die Absicht der Contrahenten, welche über den Begriff des Spiels entscheidet, zu enthüllen. Bei einem solchen Zweifel darf kein Spiel angenommen werden. Denn die gesetzlichen Nachtheile, welche der Spieler erleidet, können nur dann eintreten, wenn die factische Voraussetzung des Gesetzes wirklich unzweifelhaft vorliegt[13]).

Die Nationalökonomie sieht im Spiel keine Production, wie sie in der Schenkung keine Consumption von Werthen findet. Schenkung, Spiel und Wette kommen in ihrem Resultat darauf hinaus, daß ein Werth aus einer Hand in die andere übergeht, ohne daß eine Gegenleistung erfolgt oder auch nur erfolgen soll[14]). Alle drei Geschäfte gehören daher in die Lehre vom Umlauf der Güter, und bilden hier zusammen den Gegensatz gegen die Tauschverträge, als verschiedene Ausnahmen gegenüber der Regel. Das Spiel enthält jedoch auch eine unproductive Consumption von Werthen und gehört insofern auch in die Lehre von der Consumption der Güter.

Das Spiel beabsichtigt eine Plünderung, bei der sich der Spieler nur der Gefahr aussetzt, selbst geplündert zu werden. Das Spiel wird daher wegen dieses unwirthschaftlichen und unsittlichen Zweckes, sowohl von der Nationalökonomie[15]) als von der Moral gemißbilligt. Mit der steigenden Cultur verschwindet daher auch mehr und mehr die Lust an dem Spiel

---

[13]) Ein solches dubium ist in concreto auch beim Differenzgeschäft möglich. Dann ist kein Spiel, sondern ein wirklicher Kauf anzunehmen.

[14]) Man kann daher beim Spiel nicht von Leistung und Gegenleistung reden. Vgl. Thöl a. a. O. S. 260. c.

[15]) Die Volkswirthschaftslehre billigt nur diejenigen Geschäfte, deren Resultat ist, daß alle Contrahenten gewinnen.

Digitized by Google

im rein ökonomischen Sinne; es erscheint mehr und mehr in Verbindung mit dem gesellschaftlichen Spiel, und in dieser Verbindung gewinnt das gesellige Element immer mehr und mehr die Oberhand[16]).

Die Gesetzgebung hat sich stets bemüht, das Spiel zu unterdrücken. Die Römer verboten durch ein Senatusconsultum das Spiel um Geld mit Ausnahme der bereits angeführten Fälle. Senatusconsultum, sagt Paulus, vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo jaciendo vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causa fiat[17]). Und wahrscheinlich beschränkten sie auch die Gültigkeit der Wette (sponsio) auf diese Fälle. So verstehen wir die Worte Marcians: in quibus rebus et lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsionem facere licet, sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet[18]). Justinian verbot alle Spiele bis auf fünf von ihm speciell benannte, und erlaubte auch dabei nur um einen solidus zu spielen[19]). Dem Darleiher, welcher Geld zum Spiel leiht, ist die Klage auf Restitution entzogen[20]), und Justinian gab einen Anspruch auf Rückleistung dessen, was man in einem verbotenen Spiel verloren und bezahlt habe[21]). Endlich drohte das prätorische Edict demjenigen, der in seinem Hause das Spiel gestatte, ihm allen Rechtsschutz gegen Injurien, Beschädigungen

---

[16]) Wenn unsere Spielbanken in Deutschland sich noch eines zahlreichen Besuchs erfreuen, so ist die Zahl dieser Spieler doch sehr gering gegen die Masse des Volks, welche mehr und mehr aufhört zu spielen.

[17]) cit. l. 2. D. d. aleator.

[18]) l. 3. D. eod.

[19]) l. 3. C. eod.

[20]) l. 12. § 11. D. Mandati. (17. 1.)

[21]) cit. l. 3. C. d. aleator.

Digitized by Google

und Entwendungen zu entziehen. Praetor ait, berichtet Ulpian: Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicetur, verberaverit, damnumve ei dederit, sive quid eo tempore domo ejus subtractum est, judicium non dabo[22]).

Wir zweifeln nicht, daß die sittlichen Grundsätze, welche diesen gesetzlichen Bestimmungen zu Grunde liegen, auch im deutschen Volke wurzeln, sind aber ebenso fest überzeugt, daß diese Gesetze ihren Zweck vollständig verfehlen. Dadurch läßt sich Niemand abhalten zu spielen, oder Geld zum Spiel zu leihen. Es ist ja eine bekannte Thatsache, daß Spielschulden und solche Dahrlehnsschulden als Ehrenschulden angesehen werden, gerade weil sie nicht einklagbar sind, und wer das Spiel in seiner Wohnung gestatten will, unterläßt dies wahrlich nicht deshalb, weil er wegen Mißhandlung, Beschädigung und Entwendung keine Klage haben würde. Das Spiel wird nur ausgerottet durch die fortschreitende Civilisation. Gesetze, wie die angeführten, sind unnütz. Man hebe daher die Spiel-Gesetze auf und sorge für gute Volkserziehung.

---

[22]) l. 1. pr. D. eod.

Digitized by Google

V.

Vom Handel.

Die gesammte Thätigkeit, welche erforderlich ist oder dazu dient, um die Producte an ihre Consumenten zu transportiren, heißt Handel. Zum Begriff des Handels gehört wesentlich der Transport; daher ist das Differenzgeschäft kein Handelsgeschäft. Zum Begriff des Handels gehört wesentlich der Transport an die Consumenten; daher ist der sogenannte Speculationshandel, welcher die Waare dem Consumenten um keinen Schritt näher bringt, ebenfalls kein Handelsgeschäft.

Der Producent treibt Handel, wenn er seine Producte unmittelbar an die Consumenten absetzt. Dies geschieht mit Erzeugnissen der Agricultur und mit Fabricaten, welche am Productionsorte oder in dessen Nähe consumirt werden. Das Verfahren ist dabei ein dreifaches. Entweder kommt der Producent mit der Waare zum Consumenten. Dies heißt Hausirhandel; die Personen, welche zu diesem Zwecke benutzt werden, hießen bei den Römern circitores, und das

Digitized by Google

Hausiren: circumferre et distrahere, oder auferre ad homines et ibi vendere. Als hausirende Producenten werden von den Römischen Juristen genannt: die Schneider, vestiarii, welche fertige Kleidungsstücke, vestes, zum Verkauf herumtragen ließen; ferner die Bäcker, pistores[23]). Vom Hausirgeschäft unterscheidet sich die Standkrämerei, welche darin besteht, daß man an einem locus publicus mit seinem Waarenvorrath Platz nimmt, um an das vorübergehende Publicum zu verkaufen. So sagt Labeo von einem Bäcker: servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum[24]). Oder der Consument holt die Waare vom Producenten. Dies ist das Ladengeschäft. Der Laden hieß bei den Römern taberna, der Inhaber eines Ladens tabernarius. Taberna instructa war ein vollständig eingerichteter Laden. Instructam autem tabernam, sagt Ulpian, sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat[25]). Die Personen, welche in der taberna zum Verkauf angestellt waren, hießen institores. Sie bildeten den Gegensatz gegen die circitores, und beide den Gegensatz gegen die im Productionsgeschäft angestellten Handarbeiter: Gesellen, operarii, Lehrburschen, discipuli[26]). Der Institor wurde indessen auch gebraucht, um bei anständigen Leuten zu hausiren. Interdum, sagt Ulpian, etiam ad homines ho-

---

[23]) L. 5. § 4. D. d. instit. act. (14. 3.) — quibus vestiarii vel lintearii dant vestem circumferendam et distrahendam, quos vulgo circitores appellamus. Vgl. l. 4. eod.

[24]) L. 5. § 9. D. eod.

[25]) L. 185. D. d. V. S. (50. 16.)

[26]) cit. l. 5. § 10. Zu den Arbeitern gehört auch der, welcher zu ihrer Beaufsichtigung angestellt ist. So in der Agricultur der villicus. L. 16. D. eod.

Digitized by Google

nestos merces afferunt et ibi vendunt[27]). Ferner konnte ein operarius oder discipulus auch als institor fungiren. Endlich können Consumenten und Producenten sich zu bestimmten, wiederkehrenden Zeiten an einem bestimmten dritten Orte treffen. Ein solcher Ort heißt Markt, der dort betriebene Handel Markthandel. Solche Märkte sind da nothwendig, wo es für Producenten und Consumenten sehr beschwerlich ist, mit einander zu verkehren, also da, wo Wege und Landstraßen noch gar nicht vorhanden oder in sehr schlechtem Zustande sind. Dies war im alten Römischen Staat der Fall. Die Stadt Rom war umgeben von einer Menge von Gehöften, villae genannt, welche von den angesehensten Bürgern, proceres, bewohnt wurden[28]). Die villae waren großentheils nicht zu Dörfern verbunden, sondern lagen vereinzelt und wohl oft weit von einander getrennt; denn Cato erwähnt in seinem Werke über den Ackerbau, daß man beim Ankauf eines Landguts darnach sehen müsse, ob man auch einen vicinus habe. Die Communication zwischen den einzelnen villae unter sich und mit der Stadt Rom fehlte oft ganz und wo sie vorhanden war, war sie im höchsten Grade schlecht. Cato hebt als einen zweiten Hauptpunct beim Ankauf eines Guts hervor, daß man darauf achten müsse, ob die villa auch eine via habe. Wie halsbrechend die Wege vom Lande in die Stadt waren, läßt sich ermessen, wenn er dem Landmann als wirthschaftliche Maßregel anräth, die Effecten, welche von der Stadt aufs Land und vom Lande in die Stadt zu bringen seien, nicht mit den eigenen Lastthieren, sondern conductis jumentis zu transportiren[29]), d. h. den Ver-

[27]) L. 4. D. eod.

[28]) Columella d. re rust. Praefat.

[29]) Columella d. re rust. cap. 3.

Digitized by Google

miether der Zug- und Lastthiere die Gefahr tragen zu lassen, welcher die Thiere ausgesetzt waren. Wenn es so noch zu Cato's Zeit aussah, — wie mochten die Wege einige Jahrhunderte vor ihm beschaffen sein! Märkte in der Stadt Rom waren daher unumgängliche Nothwendigkeit. Sie fanden seit uralten Zeiten an jedem 9ten Tage statt, und wurden daher nundinae genannt. Nundinarum etiam conventus, sagt Columella[30]), manifestum est propterea usurpatos, ut nonis tantummodo diebus urbanae res agerentur. Die Gegenstände, welche hier zum Verkauf gestellt wurden, waren in alter Zeit: Sclaven und landwirthschaftliches Arbeitsvieh, equi, boves, muli und asini; später handelte man auch um Grundstücke und Rustical-Servituten[31]). Der Verkehr, commercium[32]), auf diesen Sclaven- und Viehmärkten fand anfänglich nur unter cives Romani Statt[33]), und zwar aus sehr begreiflichen Gründen. Eine Reihe von Indicien macht es mehr als wahrscheinlich, daß trotz aller Berichte Römischer Schriftsteller der Römische Staat nicht mit der Gründung der Stadt Rom begonnen. Die erste Römische Staatsgesellschaft bestand vielmehr aus einer Anzahl zerstreut liegender Bauergehöfte, deren Besitzer regelmäßig nonis diebus zu politischen und commerciellen Zwecken ihre Convente hatten. Diese Convente zogen Fremde, peregrini, herbei, die sich anbauten und durch freigelassene Sclaven der cives verstärkt, so allmählig die Stadt gründeten. Die Peregrinen wurden daher nicht als Glieder des Staats, sondern als

---

[30]) Columella loc. cit. Praef.

[31]) Es ist schon oben bemerkt worden, daß man sich durch Rustical-Servituten verschaffen mußte, was man sich später durch Kauf verschaffte.

[32]) Commercium est emendi vendendique invicem jus. Ulp. XIX. 5.

[33]) Schweppe, Römische Rechtsgeschichte, § 236.

Digitized by Google

geduldete Fremde angesehen. Die cives hatten mit ihnen, wie es hieß, weder commercium noch connubium. Nur den Latinen [34]) räumten sie später das commercium ein [35]). Die Handelsgeschäfte, welche zwischen cives und peregrini vorkamen, galten als etwas rein Factisches und der Peregrine hatte kein Eigenthum. Die Peregrinen hatten also eine ähnliche Stellung, wie bei uns die Juden im Mittelalter. Erwägt man weiter, daß zu den Peregrinen sich die freigelassenen Sclaven, liberti, gesellten: so sieht man, daß die Stadt Rom gerade so und um Nichts anders, wie unsere Deutschen Städte, entstanden ist. Dabei ist indessen sehr wohl möglich, daß der Complex von Häusern, der nach und nach entstand, so, wie die Sage berichtet, in eine wirkliche Stadt umgewandelt und mit einer Mauer umgeben worden ist. Die alten um die Stadt zerstreut wohnenden cives bildeten allmählig die Römische Aristocratie, gegenüber der Stadtbevölkerung, liberti und peregrini. Jene trieben Ackerbau und hielten diese Beschäftigung für die allein anständige und eines civis Romanus würdige; in der Stadt entwickelte sich dagegen die Manufactur- und Handelsindustrie, welche von den cives als opus sordidum verachtet wurde [36]). Mit der Zeit kehrte sich indessen dies Verhältniß um. Der Sinn für Ackerbau verlor sich mehr und mehr und die Neigung für das städtische Leben wurde herrschend. Schon Varro (116 — 27 v. Chr.) klagt, daß man

---

[34]) Gaj. I. 79. Ulp. XIX. 4.

[35]) Ulp. loc. cit. Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos Colonarios Latinosque Junianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est. Der Kaiser Caracalla gab allen Bewohnern des Reichs, und Justinian auch allen Freigelassenen die Civität und damit das commercium. Schweppe a. a. O. § 148.

[36]) Noch Cicero (de off. I. 42.) sagt: Opifices omnes in sordida arte versantur.

Digitized by Google

anfange, lieber im Circus und im Theater zu klatschen, als auf dem Felde und in den Weinbergen zu arbeiten. Alles zog nach Rom, um dort ein träges und luxuriöses Leben zu führen, und nach Columellas Schilderung bot unter Kaiser Claudius das platte Land Italiens einen traurigen Anblick dar. In hoc Latio et Saturnia terra, ruft er in patriotischem Unwillen aus, ubi Dii cultus agrorum progeniem suam docuerunt, ibi nunc ad hastam locamus, ut nobis a transmarinis provinciis advehatur frumentum, ne fame laboremus et vindemias condimus ex insulis Cycladibus ac regionibus Baeticis Gallicisque [37])!

Wir knüpfen wieder an, — der Verkehr an den nundinis fand anfänglich nur unter cives Romani Statt. Der Verkauf, ein actus civilis im wörtlichen Sinne, geschah feierlich vor 5 Zeugen, puberes cives Romani und einem 6ten, der die Geldwaage hielt, — dem libripens. Der Käufer erfaßte das Kaufobject z. B. den Sclaven mit der Hand und sprach: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra. Dann legte er das Geld auf die Waage und gab es dem Käufer [38]). Die ältesten Kaufgeschäfte waren also in continenti vollzogene Platzgeschäfte sine conditione et die [39]), und jeder civis schloß sie in Person

---

[37]) Columella de re rust. Praefat.

[38]) Gaj. I. 119. Eaque res ita agitur, adhibitis non minus quam quinque testibus, civibus Romanis puberibus et praeterea alio ejusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens: is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra: deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit.

[39]) L. 77. D. d. R. J. (50. 17.): Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem veluti mancipatio — — in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem. (Papinian.) Die actus civiles werden actus legitimi genannt, weil die 12 Tafeln Bestimmungen

Digitized by Google

ab: eine Stellvertretung kannte und bedurfte man nicht. Dieser Zustand mußte sich im Laufe der Zeit ändern. Es trat bald das Bedürfniß ein, die Bewohner der Stadt mit landwirthschaftlichen Producten und die Bewohner des Landes mit städtischen Manufacturen und überseeischen Handelsartikeln zu versorgen. So wurden die cives und Latini genöthigt, mit den Peregrinen in engeren Verkehr zu treten und die nothwendige Folge davon war, daß man auch den Peregrinen das Eigenthumsrecht zugestehen mußte. Indessen unterschied der altrömische Aristocrat genau das quiritarische Eigenthum vom bonitarischen: meum est ex jure Quiritium und in bonis est[40]), und hielt es für unerläßlich, daß über die ältesten Marktgegenstände noch immer der Verkauf in jener alten feierlichen Form geschlossen wurde. So wenn ein Sclave, ein Pferd, ein Ochse, ein Esel oder Maulesel verkauft wurde, während bei Kameelen und Elephanten, die an den alten nundinis noch nicht zum Verkauf gestellt, sondern erst später in Italien importirt waren, ein einfaches vendere und emere Statt fand[41]). Ganz natürlich bildete sich jetzt ein eigner Ausdruck für die alten Marktgegenstände. Man nannte sie, weil sie nothwenig beim Geschäft am Platz sein mußten[42]), res mancipi, während

darüber enthielten. Cum nexum faciet mancipiumve uti linqua nuncupassit ita jus esto. Festus voc. nuncupata. Cic. d. off. III. 16.

40) Schilling a. a. O. § 150.

41) Gaj. II. § 16. Ulp. XIX. 1.

42) Gaj. I. § 121: — nisi in praesentia sint, mancipari non possunt. Gaj. eod. Unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur. Die Grundstücke und Rusticalservituten hießen res mancipi aus einem andern Grunde, nämlich deshalb, weil der Verkauf dieser Gegenstände, als sie anfingen, Gegenstände des Handels zu werden, in derselben feierlichen Form vor sich ging, wie bei den ursprünglichen Marktgegenständen; sie hießen res mancipi, weil sie in Form der mancipatio verkauft wurden. Man muß daher unterscheiden res mancipi im ursprüng-

Digitized by Google

andere Gegenstände res nec mancipi hießen[43]). Den Kauf einer res mancipi nannten sie mancipatio im Gegensatz von venditio et emptio; ebenso die Eigenthumsübertragung und da bildete denn mancipatio den Gegensatz von traditio[44]). Der Unterschied von quiritarischem und bonitarischem Eigenthum, der zu großer Complicirtheit des Civilrechts führte, erhielt sich Jahrhunderte lang fort. Erst Justinian hat ihn aufgehoben[45]). Das Marktgeschäft ward in Rom nach und nach sehr bedeutend und es entstanden für einzelne Artikel besondere Marktplätze, z. B. das forum boarium, suarium, piscarium, olitarium, pistorium. Es wurden Beamte nothwendig, welche die Marktpolizei übten, die bei den Marktgeschäften entstehenden Streitigkeiten schlichteten und Marktordnungen erließen. Dieses Amt hatten die curulischen Aedilen. Am wichtigsten ist das Edictum Aedilium Curulium über Fehler und Mängel der zum Verkauf gestellten Sclaven, Zug- und Lastthiere[46]). Es ward später auf alle und jede Handelsartikel ausgedehnt und ging als practisches Recht in die Justinianeische Compilation über[47]).

---

lichen und im späteren Sinne. Es ist übrigens bemerkenswerth, daß die servitutes praediorum urbanorum nicht res mancipi sind. Gaj. II. § 17. Dies ist ein Beweis, daß dieses Institut jünger ist, wie die servitutes praed. rusticorum. Vgl. Heft II. S. 22.

[43]) Gaj. II. § 16. Ulp. loc. cit.

[44]) Gaj. II. § 18. — res nec mancipi nuda traditione abalienari possunt.

[45]) Cod. VII. 25: d. nudo jure quiritium tollendo.

[46]) Pit. Dig. 19: 1. de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris. Das, uns erhaltene, Edict ist von den Römischen Juristen sorgfältig interpretirt; in dem angeführten Digestentitel sind Schriften von Gajus, Ulpian und Paulus ad Edictum Curulium Aedilium angeführt.

[47]) L. 1. pr. D. eod. Labeo scribit, Edictum Aedilium Curulium de venditionibus rerum esse tam earum, quae soli sunt, quam earum, quae mobiles aut se moventes.

Digitized by Google

Wenn eine Nachfrage nach Producten eintritt, welche nicht in unmittelbarer Nähe der Consumenten erzeugt werden, oder, wenn es sich um den Absatz von Producten handelt, welche nicht in unmittelbarer Nähe der Producenten consumirt werden, dann wird der unmittelbare Verkehr zwischen Producenten und Consumenten unmöglich. Es bildet sich allmählig ein eigner Stand der Kaufleute, welche ein Gewerbe daraus machen, den Transport der Güter von den Producenten an die Consumenten zu besorgen. Sie kaufen von den Producenten, um in unveränderter Form an die Consumenten wieder zu verkaufen[48]). Dies Gewerbe ist der Handel im engeren und eigentlichen Sinne des Wortes. Die Kaufleute sind Grossisten oder Detaillisten. Jene verkaufen nur in bestimmten, dem Minimum nach festgesetzten, Quantitäten; diese befriedigen jedes kleinste, wenn nur bezahlbare, Bedürfniß der Consumenten. Die Grossisten heißen bei den Römern mercatores[49]), zu denen man jedoch die Sclavenhändler (mangones) nicht rechnete; diese wurden venaliciarii genannt, indem es für unsittlich gehalten wurde, die Sclaven als merx zu bezeichnen. Mercis appellatione homines non contineri, sagt Mela, et ob eam rem mangones non mercatores, sed venaliciarii appellari ait, et recte[50]). Die Detaillisten kommen unter verschiedenen Namen vor: caupones, popolae, tabernarii. Die

[48]) Oft ist der Kaufmann gleichzeitig Manufacturist. So z. B. wenn er Zucker in Broden einkauft und geschlagenen Zucker verkauft, oder, wenn er Caffeebohnen einkauft und sie gebrannt oder gemahlen wieder verkauft. Man rechnet ihn jedoch dann noch immer zu den Kaufleuten, wenn diese Manufactur-Industrie sehr gering ist im Verhältniß zu dem eigentlich kaufmännischen Betrieb.

[49]) Vgl. Horat. Sat. I. 1. 6. Epist. I. 45.

[50]) L. 207. D. d. V. S. (50. 16.). Aus demselben Grunde wurden Sclavenkinder nicht wie Thierjungen, zu den fructus gerechnet. L. 68. pr. D. d. usufr. (7. 1.)

Digitized by Google

ältesten Römischen Kaufleute, wahrscheinlich peregrini, während die ersten Handwerker wahrscheinlich liberti waren, beschäftigten sich wohl ohne Zweifel damit, von den Carthagern Manufacturen einzukaufen, und sie im Wege des Hausirhandels, oder aus Tabernen, oder an den nundinis wieder zu vertreiben. Der Seehandel war aber anfangs ein sog. Passivhandel: man kaufte von den Carthagischen Schiffen, welche in der Tiber erschienen. Es wird schon ein Handelsvertrag zwischen Rom und Carthago vom Jahre 509 v. Chr. erwähnt[51]). Da der civis nur die Agriculturindustrie für anständig hielt, so befaßte er sich mit dem Handel ebensowenig, wie mit der Manufactur[52]). Man fing aber an, Sclaven mit einem kleinen Capital, peculium genannt, in Rom anzusetzen, um Handel zu treiben. Das peculium blieb ein, nur factisch abgesonderter Theil vom Vermögen des dominus[53]); der Gewinn, den der Sclave machte, fiel dem Herrn ipso jure zu[54]), und dieser zog das peculium nach Belieben ein[55]), wann er wollte[56]). Im Uebri-

---

[51]) Der Handelsvertrag ist zweimal erneuert. Polyb. III. 22. Liv. VII. 27. IX. 43.

[52]) Den Senatoren war sogar der Handel verboten. Liv. XXIII. 63. Die Ritter trieben Großhandel in den Provinzen. Cic. pro lege Man. VII.

[53]) Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum. Peculium autem Tubero sic definit, ut Celsus libro sexto Digestorum refert: quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet. L. 5. § 3. 4. D. de peculio. (15. 1.) Vgl. l. 5. 7. pr. § 1. eod.

[54]) § 3. J. per quas personas nobis adquiritur (2. 9.): Item nobis acquiritur, quod servi nostri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur vel ex qualibet alia causa acquirant; hoc enim nobis et ignorantibus et invitis obvenit.

[55]) Dies hieß: peculium adimere. cit. l. 7. § 1.

[56]) cit. l. 7. eod. Peculium servus habere non potest nisi concedente domino.

Digitized by Google

gen stand der Sclave mit seinem peculium, wie ein selbstständiger Geschäftsmann da; er contrahirte sogar mit seinem eigenen Herrn, wie mit einem Fremden[57]).

Der älteste Römische Handel war also auswärtiger Handel mit Carthago, — man importirte Manufacturen und exportirte Kupfer[58]); ferner der auf die Stadt Rom beschränkte Binnenhandel.

Die Entwicklung des Handels liegt zunächst in der Herstellung und Verbesserung der Communicationsmittel; also die Entwicklung des Binnenhandels zunächst in der Anlage von Landstraßen und Communicationswegen. Der Begründer der Römischen Landstraßen ist Appius Claudius. Die erste nach ihm benannte Straße ist die via Appia, angelegt im Jahre 312 v. Chr. Sie führte von Rom nach Capua, wurde aber in den folgenden Jahrhunderten nach den südlichen und östlichen Häfen Tarent und Brundusium verlängert. Während des zweiten Punischen Kriegs im J. 212 wurde eine Nordstraße über den Appenin nach der Ostküste angelegt, und an der Küste von Fano bis nach Rimini entlang geführt, später über den Po verlängert. So wurden zum ersten Male die beiden Italienischen Meere mit einander verbunden. Dann folgten die beiden Hauptstraßen durch Toscana. Die eine führte von Rom nach Pisa und Carrara, die andere von Rom nach Sutri, Chiusi, Arezzo, Florenz. Im Jahre 148 entstand eine Straße queer durch Nord-Italien, von Genua über Piacenza, Cremona, Verona ans Adriatische Meer; eine Seitenchaussee

---

57) § 5. J. quod cum eo (4. 7.): — — quod domino debetur non deducitur, sed ejusdem juris est, cujus et ceteri creditores.

58) Das heißt, sie bezahlten einfach die Carthagischen Manufacturen mit ihrem Kupfergelde. Aehnlich handelten die Spanier anfangs mit den Indianern.

Digitized by Google

über Carrara stellte die Verbindung dieser Orte mit Rom her. Der Reformator der Italienischen Wege-Anlagen war C. Gracchus. Er legte die Pflicht zur Erhaltung der Wege als Reallast auf die anstoßenden Grundstücke und errichtete Meilensteine. Auch wurde während der Republik schon eine Communication mit dem Orient und Occident hergestellt. Durch Süd-Frankreich führte eine Straße nach Spanien. Ein großartiges System der Wege begann erst unter den Kaisern sich zu entwickeln. Augustus setzte das miliarium aureum auf dem Forum und zog schon die Hauptlinien des Straßensystems. Die späteren Kaiser setzten das Werk fort und um 350 p. C. umfaßten die Straßenzüge schon das ganze Reich von der Schottischen Grenze bis nach Nord-Africa, vom Atlantischen Meere bis an den Euphrat[59]).

Die Römer unterscheiden viae publicae und viae privatae. Jene, welche auch viae praetoriae oder consulares[60]) genannt werden, sind die eigentlichen Landstraßen; diese, welche auch viae agrariae hießen, sind die Communicationswege. Die letzteren sind entweder servitutes, d. h. Privatwege in einem andern Sinne, oder sie stehen dem öffentlichen Gebrauch offen, und sind also viae publicae in diesem Sinne. Das prätorische Edict führte einen rechtlichen Schutz der öffentlichen Wege ein[61]).

Neben der Anlage von Landstraßen und Wegen kommen die Transportmittel in Betracht. Die Römer bedienten sich zum Transport der Esel und Maulesel, der Sclaven,

---

[59]) Siehe „Das Ausland" 1857, Nr. 42.

[60]) Aus dieser Bezeichnung ergiebt sich, daß die Landstraßen nicht zu commerciellen, sondern zu administrativen Zwecken angelegt wurden.

[61]) Dig. 43. 8: ne quid in loco publico vel itinere fiat.

Digitized by Google

des Karrens, welcher zweirädrig war und cisiarium hieß, endlich des vierrädrigen Wagens, rheda. Die Maschine zum See-Transport, das Schiff, lernten die Römer schon früh bauen und gebrauchen. Ein seetüchtiges Schiff hieß navis marina, ein Flußschiff navis fluviatilis[62]) oder: fluvii capax ad mare non sufficiens[63]); ein Schiff für Landseen: navis, quae in stagno navigat[64]). Es gab Schiffe für den Waaren-Transport und solche, die nur zur Beförderung von Passagieren, vectores, bestimmt waren. Jene hießen naves onerariae, diese wurden mit dem Griechischen Ausdruck ἐπιβατηγοί bezeichnet[65]).

An den Heerstraßen werden Wirthshäuser nöthig zur Aufnahme und Beherbergung der Reisenden. So entstanden mit den öffentlichen Wegen bei den alten Römern allmählig die stabula und cauponae. Der Betrieb dieses Gewerbes wird ausgedrückt durch stabulum oder cauponam exercere, und Gajus giebt den Begriff des Gewerbes dahin: caupo mercedem accipit, ut viatores in caupona manere patiatur; stabularius, ut permittat jumenta apud eum stabulari. Die Wirthshäuser waren in einem jämmerlichen Zustande und die caupones wie die stabularii meistens Gesindel. Oft wurde ein Sclave mit einem peculium als caupo oder stabularius angesetzt. Daher pflegten auch angesehene Reisende unter Zelten zu übernachten und nur geringere Leute in die Wirthshäuser einzukehren. Auch reichte der gewöhnliche Rechtsschutz nicht aus, um die Reisenden gegen die Schliche der

---

[62]) l. 1. § 6. D. d. exercitoria ectione (14. 1.)

[63]) cit. l. 1. § 12. eod.

[64]) cit. l. 1. § 6. eod.

[65]) cit. l. 1. § 12. eod.

Digitized by Google

Wirthe zu sichern. Ein prätorisches Edict bestimmte daher, daß der caupo und stabularius den von ihm aufgenommenen Reisenden unbedingt für ihre Sachen haften sollten, wenn sie nicht nachweisen könnten, daß der Schade durch vis major oder damnum fatale, d. h. ein Ereigniß, dem menschliche Kraft nicht zu widerstehen im Stande ist, eingetreten sei[65]). Miratur Pomponius, sagt Ulpian, cur honoraria actio sit inducta, quum sint civiles; nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum, et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat praestatur. At hoc Edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit[67]).

Ein Fortschritt des Handels ist die weitere Theilung der Arbeit innerhalb der Handelsindustrie. Von dem Geschäfte des Kaufmanns trennt sich allmählig das Fuhrwesen zu Lande und zur See als eigenes Gewerbe. So finden wir auch bei den Römern neben dem Kaufmann den Schiffer, nauta, und den Fuhrmann cisiarius und carucarius[68]). Das Schiffergewerbe treiben hieß navem exercere[69]), der

---

[66]) Dig. 4. 9: nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant.

[67]) l. 3. § 1. eod. Maxima est utilitas hujus Edicti, sagt Ulpian, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere. Ne quisquam putet, graviter hoc adversus eos constitutum; nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur, cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi, quum ne nunc quidem abstineant hujusmodi fraudibus.

[68]) Vgl. l. 13. pr. D. Locati cond. (19. 2.): Item quaeritur, si cisiarius id est carucarius, dum ceteros transire contendit, cisium evertit, et servum quassavit vel occidit, puto ex locato esse in eum actionem; temperare eum debuit.

[69]) l. 1. D. nautae, caup. (4. 9.)

Digitized by Google

Rheder navis exercitor[70]), der Vertreter des Rheders auf dem Schiffe hieß navis magister[71]), das Schiffsvolk: qui navis navigandae causa in nave sunt, — wurde durch nautae bezeichnet[72]), jedoch auch der Rheder selbst nauta genannt[73]). Nautam accipere debemus eum, qui navem exercit. Die Passagiere hießen vectores[74]). Sie waren ähnlichen Gefahren ausgesetzt, wie die viatores in den Wirthshäusern, weshalb denn jenes strenge Edict des Prätors auch die Rheder ebenso verantwortlich machte, wie die caupones und stabularii. Die Ausrüstung eines Schiffes zur Fahrt hieß: navem armamare et instruere, die dazu nöthigen und einzukaufenden Gegenstände: armamenta[75]). Die Ausbesserung von Seeschäden hieß navis refectio und Geld zu diesem Zwecke darleihen, hieß: in navis refectionem credere[76]). Das nauticum foenus ist bereits früher erwähnt[77]): — der Darleiher übernahm die Gefahr des Capitals, das in der Form des Geldes oder einer andern Ladung über See transportirt werden sollte, gegen eine Assecuranz-Prämie. Wenn im Fall der Gefahr zur Rettung des Schiffs ein Theil der Ladung über Bord geworfen werden mußte: so wurde dieser Verlust von Allen, welche bei der Rettung des Schiffes interessirt waren, gemeinschaftlich getragen. Es normirte in dieser Hinsicht die

---

[70]) l. 1. § 12. D. d. exercit. act. (14. 1.)

[71]) — — cui totius navis cura mandata est. Ulp. in l. 1. § 1. D. eod.

[72]) cit. l. 1. D. nautae, caup. (4. 9.)

[73]) cit. l. 1. eod.

[74]) l. 5. eod.

[75]) cit. l. 1. § 3. eod.

[76]) cit. l. 1. § 11. eod.

[77]) Heft II. S. 12.

Digitized by Google

Lex Rhodia de jactu, welche die Römer von den Rhodiern recipirten. Die Rhodier sind die Begründer des Seerechts im Alterthum. Die leges Rhodiae hatten sich im 7. Jahrhundert der Stadt ausgebildet und waren ein gemeinschaftliches Recht der seefahrenden Völker des Mittelmeers[78]). — Die Römische Rhederei trieb auch den sog. Transporthandel. Wir ersehen dies daraus, daß der magister navis oft die Weisung erhielt, seine Geschäfte auf eine bestimmte Gegend und auf ein bestimmtes Meer zu beschränken: ut certa regione et certo mari negotientur. Auch gab es stehende Passagierfahrten zwischen bestimmten Häfen, z. B. zwischen Cassopa (einem Hafen in Epirus), Brundusium und Dyrrachium. Gegen das Ende der Republik fing die Schifffahrt in Rom an, sehr lebhaft zu werden. Der Getraide-Import aus den überseeischen Provinzen steigerte sich zu einem colossalen Grade. Wir haben bereits Columella's Bericht hierüber angeführt. Diese massenhaften Cerealien, welche aus den Provinzen importirt wurden, bezahlten die Römer mit dem Gelde, das sie in eben diesen Provinzen geraubt oder erpreßt hatten[79]).

---

[78]) Vgl. l. 9. D. d. leg. Rh. d. jactu. (14. 2.) Deprecatio, Eudaemonis Nicodemiensis ad Antoninum Imperatorem. Domine Imperator Antonine, naufragium in Italia facientes direpti sumus a Publicanis, Cyclades insulas habitantibus. Respondit Antoninus Eudaemoni: Ego quidem mundi dominus, lex autem maris; lege id Rhodia, quae de rebus nauticis praescripta est, judicetur, quatenus nulla nostrarum legum adversatur.

[79]) J. B. Say, Bd. I. S. 307: „Sie producirten nicht; — sie raubten bloß die Producte von Andern." Wir fügen hier beiläufig folgende Bemerkung Say's hinzu: „Hätten die Römer mit gleicher Ausdauer ein anderes System befolgt, hätten sie gesucht, unter den Barbaren die Civilisation zu verbreiten und Verbindungen mit ihnen gestiftet, woraus wechselseitige Bedürfnisse entsprungen wären, — so bestände wahrscheinlich die Römische Macht noch heute." —

Digitized by Google

Bei einem weiten Transport der Waaren vernothwendigen sich Spediteure, welche die Waare von einem Ort zum andern weiter befördern. Die Spedition der Waaren, welche anfangs auf specielle Aufträge unentgeldlich besorgt wird, bildet sich ebenfalls zu einem eignen Gewerbe aus. Was der Spediteur für seine Mühewaltung empfängt, heißt Spesen. Sowie die Kaufleute anfangen, aus weiter Ferne zu beziehen und an weit entfernte Consumenten zu liefern, tritt das Bedürfniß nach Personen ein, welche an Ort und Stelle den Einkauf und Verkauf besorgen, das Bedürfniß nach Commissionairen und Agenten. Nach und nach fängt auch dieses Commissionsgeschäft an, zu einem besondern Gewerbe zu werden. So entsteht der Commissionshandel im Gegensatz von Propre-handel. Was der Commissionair für seine Mühewaltung empfängt, hat den Namen Provision. Im Römischen Handel erscheinen diese Geschäfte noch nicht als eigene Gewerbe; es kommen in dieser Beziehung nur einfache Aufträge, mandata, vor, und daher finden sich denn auch noch keine besondern Ausdrücke für das, was wir Spesen und Provision nennen. Für die Vermittelung kaufmännischer Geschäfte ist das Gewerbe der Makler entstanden. Was sie für ihre Dienstleistung bekommen heißt Courtage. Dies Geschäft war auch bei den Römern schon ein Gewerbe; daher haben sie für diese Classe von Personen eine besondere Bezeichnung: proxenetae, ebenso für das, was sie für ihre Mühwaltung erhalten: proxeneticum.

Der Handel transportirt die Waare vom Producenten an den Consumenten vermittelst des Kaufs und Verkaufs. Die Fortschritte des Handels bestehen daher nicht bloß in der Beschleunigung des Waaren-Transports, sondern auch in der Beschleunigung der Zahlungen. Hierher gehört 1) die

Digitized by Google

Verbesserung des Geldes: Metallgeld statt anderer Gegenstände, die Umwandlung roher Metallstücke in Stücke von bestimmtem Gewicht, die Einführung verschiedener Geldstücke von größerem und kleinerem Gewicht, die Prägung d. h. die Bezeichnung des Gewichts der Münze unter Auctorität des Staats, die Zweckmäßigkeit der Form, die Einführung des Silbergeldes statt des Kupfers, und die Einführung des Goldes neben dem Silber. Die erste Verbesserung des Kupfergeldes bei den Römern zeigt sich in den Ausdrücken: asses, dupondii, semisses, quadrantes[80]); geprägtes Geld soll schon durch Servius Tullius eingeführt sein; daß im Jahre 269 v. Chr. die ersten Silbermünzen und 72 Jahre später die ersten Goldstücke in Rom geschlagen worden sind, ward bereits angeführt[81]). 2) Die Surrogate des Metallgeldes. Solche Stellvertretungszeichen des Geldes, welche wir in dem Papiergeld[82]) und den Wechseln besitzen, kannten die Römer nicht. 3) Werthausgleichung ohne Zahlung. Hierher gehört a. die Compensation von Forderung und Gegenforderung[83]). Historisch zufällige Gründe hinderten lange diese Art der Schuldtilgung, bis sie endlich allgemein zugelassen wurde[84]). b) Sub-

---

[80]) Gaj. I. § 122. Olim aereis tantum numis utebantur, et erant asses, dupondii, semisses et quadrantes nec ullus aureus vel argenteus numus in usu erat.

[81]) Heft I. S. 24.

[82]) Das Papiergeld ist, wenn seine Einlösbarkeit nicht vollständig gesichert ist, Geldverschlechterung und zwar der schlimmsten Art.

[83]) Crediti et debiti inter se contributio. L. 1. D. d. compensat. (16. 2.)

[84]) L. 4. C. d. compensat. (4. 16.): Imp. Alexander A. Luciano. Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur.

Digitized by Google

stitution des eignen Schuldners. Dieses Verfahren hieß delegatio debitoris. Die Delegation ist zu verschiedenen Zeiten in verschiedener Form vorgenommen worden. Zuletzt genügte ein einfacher Auftrag an den Schuldner, einem Dritten zu versprechen, neben dem correspondirenden Auftrag an den Dritten, sich versprechen zu lassen, woran sich dann die Stipulation zwischen dem debitor delegatus und dem, cui delegatus erat, anschloß[85]). c. Delegation und Compensation zwischen dem Delegaten und Delegatar. Die fortgesetzte Delegation in der Art, daß der debitor delegatus wieder seinen Schuldner delegirt und sofort bis zwischen dem letzten Delegaten und dem Delegatar eine Compensation stattfinden kann, heißt: Scontration. Dadurch werden in kurzer Zeit enorme Zahlungen[86]) gemacht, ohne daß ein Geldstück gerührt wird. Die Römer haben, so viel wir wissen, für dieses Geschäft noch keinen Ausdruck, woraus man wohl schließen darf, daß die Delegation und Compensation in solchem Maße, wie heut zu Tage bei ihnen, noch nicht vorgekommen ist.

Wir haben hervorgehoben, wie die Arbeitstheilung innerhalb der Handels-Industrie eine Reihe besonderer Gewerbe in's Leben gerufen hat. Auch die Bewerkstelligung der im Handel zu machenden Zahlungen und Eincassirungen hat sich zu einem eignen Gewerbe gestaltet. Personen, welche dieses Gewerbe betreiben, heißen Bankiers. Ganz eben so finden wir bei den Römern neben den Mandata de solvendo und de exigendo, welche im Verkehr an Geschäftsfreunde gegeben

---

[85]) Thöl, Handelsrecht, Bd. I. § 128. ff.

[86]) J. B. Say erwähnt, daß in London täglich 4 bis 4,8 Millionen Pfd. Sterling durch Scontration gezahlt würden, was eine Jahressumme von mindestens 37,000 Mill. Franken ausmacht.

Digitized by Google

und unentgeldlich ausgeführt werden, die argentarii, welche auch nummularii oder mensularii genannt werden[87]). Wie wir statt „Bankier" den Ausdruck „Bank" gebrauchen, so sagen die Römer statt „mensularius" häufig „mensa". Die Argentarien[88]) hatten ihr Geschäftslocal, taberna oder statio, auf dem Forum[89]). Das Fallissement eines Bankiers wurde daher ausgedrückt durch: foro cessit nummularius[90]). Die Argentarien standen in ihrer Geschäftsführung unter Controle des Staats: Officium argentariorum et ministerium eorum, sagt Gajus[91]), publicam habet causam, und Ulpian[92]) bezeichnet Diejenigen, welche Geld bei ihnen deponirten, als solche: qui publicam fidem sequuti deposuerunt. Sie bildeten eine eigne Corporation und bewohnten einen eignen Stadttheil[93]). Der Praefectus Urbi hatte die Aufsicht über sie, untersuchte und bestrafte nach Ermessen ihre Vergehen. Praeterea, heißt es, curare debebit Praefectus Urbi, ut nummularii probe se agant circa omne negotium suum et temperent his, quae sunt prohibita[94]). Das Recht, die Bank zu halten, war mit einem bestimmten Platz auf dem Forum verbunden, und die Erwerbung eines solchen Platzes war die

---

[87]) v. Almendingen: Ueber Urkundenedition und Argentarien, in Grolman's Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung. S. 313. ff.

[88]) Es ist streitig, ob argentarii, mensularii und nummularii gleichbedeutende Ausdrücke sind. Vgl. v. Almendingen a. a. O. S. 320. Note n.

[89]) Cujacii obs. X. 14.

[90]) L. 7. § 2. D. Depositi (16. 3.)

[91]) L. 10. § 1. D. d. edendo (2. 13.)

[92]) L. 24. § 2. D. d. reb. auct. jud. (42. 5.)

[93]) Nov. 136. pr. Edict. Just. 9.

[94]) l. 1. § 9. D. d. d. off. praefecti urbi. (1. 12.)

Digitized by Google

Bedingung, unter welcher man Bankier werden konnte. Qui tabernas argentarias vel caeteras, quae in solo publico sunt, vendit, non solum, sed jus vendit, cum istae tabernae publicae sunt, quorum usus ad privatos pertinet[95]). Sie hatten über alle Geschäfte genaues Buch zu führen und dieser codex rationum hatte Beweiskraft und den Character öffentlicher Urkunden[96]).

Der Bankier versteht sich natürlich nicht anders dazu, laufende Zahlungen für Jemanden zu machen, als wenn er vorher seine Deckung hat. Es werden daher von denen, welche sich seiner bedienen wollen, Gelder vorschüssig bei ihnen deponirt. Da nun die Zahlungsmandate nur allmählig eintreffen: so braucht der Bankier nicht sämmtliche Depositа vorräthig zu halten; er benutzt daher einen großen Theil davon, um dies Capital für sich productiv zu machen, und in diesem Gewinn besteht die Vergütung, welche er für seine Mühwaltung empfängt, oder vielmehr, weil er sich diesen Gewinn macht, verzichtet er auf eine weitere Vergütung[97]). Die Deponenten wissen dies sehr wohl; sie haben auch nicht das geringste Interesse daran, eadem corpora zurückzuempfangen und deponiren daher das Geld auch unversiegelt[98]). In der Regel machen die Bankiers nicht bloß Zahlungen und Eincassirungen für Andere, sondern gelegentlich noch sonstige Geschäfte, zu denen sie

---

[95]) l. 32. D. d. contrah. empt. (18. 1.)

[96]) L. 27. §. 1. D. d. furtis (47. 2). — v. Almendingen a. a. O. S. 320—324. —

[97]) J. B. Say a. a. O. Bd. II. S. 330. 331.

[98]) Dadurch verliert indessen das Geschäft nicht den Character eines Depositums. Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, sagt Papinian, post moram in usuras quoque judicio depositi condemnandus est. L. 25. § 1. D. Depositi (16. 3).

Digitized by Google

fremde Capitalien heranziehen. So unterscheidet Ulpian unter den Personen, welche bei einem argentarius mit Capitalien engagirt sind: hos, qui depositas pecunias habent, — qui pecunias foenore apud eum, cum eo und per eum exercent [99]).

Die Entwicklung des Handels ist eine Entwicklung des Rechts. Das alte Princip: „der Verkauf ist ein unter persönlich anwesenden Contrahenten vor 5 Zeugen, puberes cives Romani, unter Zuziehung von aes und libra, in continenti vollzogenes Platzgeschäft sine die et conditione, bei dem beide Contrahenten das Eigenthum an Waare und Preis zu übertragen haben", — wird vollständig unhaltbar, und ist denn auch im Laufe der Zeit vollständig durchbrochen worden. Neben den Kauf inter praesentes ist der Kauf inter absentes getreten; neben den Platzkauf der Lieferungskauf, ja der Kauf über Dinge, deren Existenz noch erwartet wird; man ward genöthigt zu unterscheiden zwischen Contract und Erfüllung; man mußte Bedingungen und Zeitbestimmungen zulassen; die Vervollkommnung des Geldes beseitigte die Geldwaage; es ward unmöglich, stets das Eigenthum der Waare zu garantiren, und man ward genöthigt, sowohl beim Abschluß des Geschäfts als bei der Tradition der Waare und der Zahlung des Preises Stellvertreter zuzulassen. So verschwand die alte Mancipation aus dem Verkehr. Aber man bewahrte doch noch immer das Andenken an den Brauch der Väter; — noch in später Kaiserzeit hörte man hier und da die alten feierlichen Worte: „hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo isque mihi emptus est hoc aere aemaque libra!" —

[99]) cit. l. 7. § 2. D. Depositi. Das „cum eo" scheint auf ein Geschäft zu deuten, das wir Association en participation nennen.

Digitized by Google

VI.

Der Credit.

Credit im allgemeinsten Sinne des Worts heißt Vertrauen, bei den Römern fides. Die Nationalökonomie versteht unter Credit das Vertrauen, Jemand werde einen empfangenen Werth zurückleisten. Die Römer haben dafür die Ausdrücke: rem credere[100]), fiduciae dare[101]), fidem alicujus sequi oder habere[102]).

Credit giebt, wer jenes Vertrauen schenkt; Credit hat, wer durchschnittlich bei Jedermann jenes Vertrauen genießt; Credit verdient, wer jenes Vertrauen verdient, und, wo durchschnittlich alle Glieder einer Staatsgesellschaft, welche Credit verdienen, gegen einander Credit haben, da ist Credit. Man kann insofern den individuellen und allgemeinen Credit unterscheiden. Der allgemeine Credit kann sich beschränken auf die Glieder einer einzelnen Staatsgesellschaft; er kann

---

[100]) So drücken sie sich nur beim Darlehen aus. Tit. Dig.: de rebus creditis (12. 1.)

[101]) Vgl. Schilling, Lehrb. Bd. 2. § 209. Note c.

[102]) L. 19. D. d. contrah. empt. (18. 1.)

Digitized by Google

sich erweitern auf mehrere Staaten; das Ideal ist der allgemeine Credit innerhalb der gesammten civilisirten Welt unter allen Personen, welche Credit verdienen. Man kann ferner den Credit, den Privatpersonen gegeneinander haben, Privat-Credit nennen im Gegensatz zum öffentlichen Credit, den eine Staatsregierung hat. Die Römer nennen den Privatmann, welcher einen bedeutenden Credit hat: celeber. Si argentarius, sagt Hermogenian, cui tutor pecuniam (pupilli) dedit, quum fuisset celeberrimus, solidum reddere non possit, nihil eo nomine tutor praestare cogitur[103]). Der öffentliche Credit wird durch fides publica ausgedrückt. Pecuniam, sagt Ulpian, apud mensam, fidem publicam sequuti, deposuerunt[104]).

Zum Begriff des Credits gehört wesentlich das Vertrauen des Creditgebers; also der Wille, den von ihm geleisteten Werth zurück zu empfangen. Wer einen Werth weggiebt ohne diese Absicht, hat nicht creditirt. Dennoch finden wir, daß die Römer den Fall, wo Jemand irrthümlich eine Nichtschuld zahlt, nach Analogie eines Credittvertrags auffassen und als quasi contractus, nämlich als quasi mutuum behandeln, und daher die Klage auf Rückleistung des indebiti mit dem Namen condictio indebiti bezeichnen. Perinde is, qui accepit, sagt Justinian, ac si mutuum illi daretur et ideo condictione tenetur[105]). Niemand kann zweifeln, daß diese Auffassung ein entschiedener Unsinn ist, und Justinian selbst findet sie höchst sonderbar. Nam, sagt er, qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur ut

---

[103]) L. 50. D. d. adm. tut. (26. 7.)

[104]) L. 24. § 2. D. d. reb. auct. jud. (42. 5.)

[105]) § 6. in f. J. d. obl. quasi ex contr. (3. 27.)

Digitized by Google

distrahat potius negotium, quam contrahat[105]). Wir können uns dieſe merkwürdige Analogie nur aus einem Nothſtande erklären, worin die Römer einerſeits einer trägen Geſetzgebung und andrerſeits dem dringenden practiſchen Bedürfniß gegenüberſtanden. Die ſteigende Civiliſation verlangte eine Klage auf Rückleiſtung einer irrthümlich geleiſteten Zahlung, und die Römiſchen Juriſten ſahen keinen andern Ausweg als eben jene Analogie[107]). Materiell faßten ſie denn auch dieſe Klage als eine Anforderung der Civiliſation an das Recht auf, entſchieden von dieſem materiellen Standtpunkt die verſchiedenen hier einſchlagenden Rechtsfragen und nahmen daher der Klage den Character einer actio stricti juris[108]). Indebiti condictio naturalis est, ſagt Paulus, et ideo etiam quod rei solutae accessit, venit in condictionem[109]). Die heutige Jurisprudenz hat dieſe materielle Auffaſſung als recipirt anzuſehen und jene formelle Anſchauung als rein römiſch zu ſtreichen.

Es giebt keine Creditgeſchäfte ohne Uebertragung eines Werths. Wenn die Römer rein formelle Creditgeſchäfte kennen: — das imaginaire Darlehen[110]), aus welchem ſich die Begriffe expensilatio und stipulatio entwickeln: ſo iſt in ſolchen Fällen die materielle Werthübertragung ſchon vorausgegangen. So bei dem Zinsvertrage in der Form des Dar-

---

[106]) § 6. J. eod. Vgl. Gaj. III. § 91.

[107]) Dieſe Analogie erſcheint indeſſen weniger auffallend, wenn man die geſchichtliche Entwicklung der Römiſchen Real-Contracte genau verfolgt. Vgl. unten S. 58. Note 184.

[108]) Vgl. unten S. 59.

[109]) L. 15. pr. D. d. condict. indebiti (12. 6.) Es iſt bemerkenswerth, daß die condictio indebiti hier naturalis genannt wird im Gegenſatz von condictio civilis. Vgl. Heft I. S. 6. Note.

[110]) Vgl. unten S. 55.

Digitized by Google

lehens[111]); ferner bei der Novation[112]). Ganz ähnlich haben wir heut zu Tage ein rein formelles Creditgeschäft, — den Wechselcontract. Auch hier ist die materielle Werthübertragung vorausgegangen, weshalb es im Wechsel heißt: „Valuta habe ich empfangen".

Die Form des creditirten Gegenstandes ist für den Begriff des Credits unwesentlich. Der Gegenstand kann ein Capital (bonum naturale oder civile)[113]) sein, oder die Productivdienste von Arbeit oder Capital für einen bestimmten Zeitraum umfassen. Beides liegt bei der Capitalmiethe[114]) vor. Hier wird einmal das Capital selbst, ferner werden aber auch die Productivdienste desselben creditirt, indem Miethe oder Zins erst gezahlt werden, nachdem der Miether die bestimmte Zeit hindurch die Productivdienste des Capitals consumirt hat[115]). Es kann das Capital creditirt und daneben können seine Productivdienste geschenkt werden; so beim precarium und commodatum[116]).

Auch die Uebernahme einer klagbaren Verbindlichkeit zur Leistung eines Werths ist Uebertragung eines Werths: — quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est[117]). So creditirt der Bürge dem Hauptschuldner den Werth, auf welchen er sich verbürgt; ebenso der Acceptant eines Wechsels

---

[111]) Heft II. S. 33. 34. 35. Vgl. v. Savigny, vermischte Schriften, Bd. 2. S. 414.

[112]) Vgl. unten S. 74. ff.

[113]) Heft I. S. 15.

[114]) Heft II. S. 15.

[115]) Heft II. S. 40. Nr. 2. S. 44.

[116]) Heft II. S. 48.

[117]) L. 28. D. d. negot. gest. (3. 5.) Vgl. unten S. 51. L. 39. § 1. D. d. V. S. (50. 16.)

Digitized by Google

dem Traſſanten die Wechſelſumme. Trennt man die creditirten Gegenſtände in materielle und immaterielle, ſo ſind die letzteren dreierlei Art: einmal ideell juriſtiſche Güter (z. B. Schuldforderungen), ferner die Productivdienſte von Arbeit oder Capital, endlich die Uebernahme der Verbindlichkeit zur Leiſtung eines Werths.

Man kann von der Form und Geſtalt des creditirten Gegenſtandes abſehen und ihn lediglich als abſtracten Werth auffaſſen. Wir finden bei den Römern folgende Sätze, die als Conſequenzen dieſer Anſchauung erſcheinen. Es kann ein Darlehen gegeben werden, welche Form auch der gegebene Gegenſtand hat[118]), der Deponent hat ein privilegium exigendi im Concurſe des Depoſitars, d. h. er tritt gewiſſermaßen als Vindicant eines abſtracten Werths auf. Quoties fero cedunt nummularii, ſagt Ulpian, solet primo loco ratio haberi depositariorum[119]). Es kann endlich ein abſtracter Werth deponirt werden und die dieſen Werth ausdrückende Sache formell in das Eigenthum des Depoſitars übergehen, während der deponirte Werth materiell in dem Vermögen des Deponenten bleibt. Auch dieſes Depositum, welches man heut zu Tage ſehr unpaſſend das irregulare nennt, kannten die Römer. Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque depositi condemnandus est, heißt es bei Papinian[120]). Wohl weniger wiſſenſchaftliche Forſchung als

[118]) Heft II. S. 14.

[119]) L. 7. § 2. D. Depositi (16. 3.)

[120]) L. 25. §. 1. D. eod. L. 26. § 1. eod. Paulus: Lucius Titius ita cavit: suscepi habeoque apud me titulo depositi suprascripta denarium argenti decem millia meque ad praescriptum omnia praestiturum et promitto et profiteor, conventione scilicet inita, ut quoad omne argentum reddatur, in singulos menses singulasque libras usu-

Digitized by Google

vielmehr das Interesse der Privatökonomie brachte die Römer auf dieses Geschäft. Wenn sie, anstatt ein Darlehen zu geben, die Summe Geldes deponirten, so sicherten sie sich den Anspruch auf Verzugszinsen, die beim Darlehen nicht gefordert werden konnten [121]), ferner das privilegium exigendi im Concurse des Empfängers, endlich lag eine Art Hypothek in der Infamie [122]), welche den Depositar traf, wenn er nicht restituiren konnte. Sie waren sich jedenfalls nicht ganz klar über das eigentliche Wesen dieses Depositum. Sie fühlten, daß eine Summe Geldes in das Eigenthum eines andern übergehen und dennoch das Geschäft ein Depositum sein könne; aber sie kamen nicht auf das Depositum eines abstracten Werths. Papinian [123]) sagt, zu einem jeden Depositum gehöre die

---

rarum nomine quaternos tibi obolos subministrem. Quaero, an usurae peti possunt? Paulus respondit, eum contractum, de quo quaeritur, depositae pecuniae modum excedere, et ideo (d. h. weil es sich hier nicht um die Aufbewahrung, sondern um die Nutzung einer Summe Geldes handle) secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt. Vgl. Scaevola in l. 28. eod.

[121]) Siehe unten S. 59.

[122]) §. 2. J. d. poena temere litigantium (4. 16.)

[123]) L. 24. D. Depositi. (16. 3.) L. Titius Sempronio salutem. Centum numos, quos hoc die commendasti mihi, annumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistola manu mea scripta tibi notum facio, quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo. Quaritur propter usurarum incrementum. Respondi depositi actionem locum habere; quid est enim aliud commendare, quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora numorum eadem redderentur; nam si ut tantundem solveretur **convenit**, egreditur ea res depositi notissimos terminos. Damit steht nicht im Widerspruch die oben citirte l. 25. § 1. eod., welche ebenfalls von Papinian ist. Die Worte „ut tantundem redderet" sind nicht mit „depositum", sondern mit „non obsignatum" zu verbinden, und drücken nicht die erklärte Absicht des Deponenten, sondern die Verpflichtung des Depositars aus. Die

Digitized by Google

Absicht des Deponenten, daß er eadem corpora zurückhaben wolle; man müsse aber, wenn Jemand eine Summe Geldes unverschlossen und unversiegelt übergebe und sich dabei des Worts „commendare“ oder „deponere“ bediene, annehmen, daß er eadem corpora zurückhaben wolle. Allein die Unhaltbarkeit dieser Deduction springt sofort in die Augen. Wer eine Summe Geldes ausdrücklich deponirt, aber die Geldstücke einfach hinzählt, der will nicht idem, sondern tantundem zurückhaben. Die heutige Theorie des Civilrechts steht auch hier ganz auf dem Standpunct der Römischen Juristen und ist daher in dieser Materie voller Controversen. Die Aufgabe unserer Jurisprudenz ist hier, die Dunkelheit des Römischen Rechts aufzudecken und nachzuweisen, daß es nur ein Depositum gebe, aber der deponirte Gegenstand entweder eine materielle Sache oder ein abstracter Werth sein, und in letzterem Falle die den Werth repräsentirende Sache in das Eigenthum des Depositars übergehen könne, ohne daß dadurch das Geschäft aufhöre, ein Depositum zu sein. Damit sind alle Controversen beseitigt.

Es gehört nicht zum Wesen des Credits, daß der creditirte Werth in das Vermögen des Empfängers übergeht; es genügt die Einräumung der factischen Disposition. Es giebt eine Reihe von Creditgeschäften, bei denen der Empfänger nur die Detention der Sache bekommt. Der alten Römischen Zeit ist es jedoch eigenthümlich, daß der creditirte Gegenstand

---

Worte sind zu übersetzen: „so daß er tantundem zurückzuzahlen hat“. Darüber war nämlich kein Streit, daß der Depositar jedenfalls nur verpflichtet sei, tantundem zu restituiren. Si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere. L. 31. D. Locati cond. (19. 2.)

Digitized by Google

stets zu Eigenthum übertragen ward. Dieses Hingeben einer Sache zu Eigenthum hieß dare rem; die creditirte Sache war also stets eine res data[124]).

Es kann die Absicht sein, daß der creditirte Gegenstand in derselben Form zurückgeleistet werden soll, entweder dieselbe Quantität fungibler Sachen oder dieselbe species. Im erstern Fall gebrauchen die Römer den Ausdruck res credita[125]); im letztern Falle haben sie in alter Zeit, welches auch der Zweck sein mochte, zu welchem der Gegenstand weggegeben wurde, die Bezeichnung res fiduciaria[126]); späterhin kommen statt dessen verschiedene Namen vor: res pignorata[127]), res deposita[128]), res commodata[129]).

Es kann die Absicht sein, daß der creditirte Gegenstand in einer andern Form zurückgeleistet werden soll; dann wird ein Tausch beabsichtigt. Denn der Zweck alles Tauschens ist, die Form der Werthe zu wechseln. Das Wort „Tausch" ist hier aber im allerweitesten Sinne zu nehmen. Es umfaßt nicht bloß die rei permutatio, die emptio venditio, die locatio conductio, sondern auch die societas. Arbeit und Capitalien, welche der socius conferirt, sind Werthe, welche ihm in andrer Form zurückgeleistet werden; bei der Productiv-Gesellschaft[130]) in dem Antheil an dem gemeinschaftlich erzeugten Product. Daraus folgt, daß es Grundsätze geben kann, welche deshalb, weil sie vom Käufer und Verkäufer gelten, consequent auch

---

[124]) Ueber den Grund siehe unten S. 54. ff. 58. 59.

[125]) Tit. Dig.: de rebus creditis. (12. 1.)

[126]) Schilling a. a. O.

[127]) Tit. Dig.: de pignoratitia actione vel contra. (13. 7.)

[128]) Tit. Dig.: depositi vel contra. (16. 3.)

[129]) Tit. Dig.: commodati vel contra. (13. 6.)

[130]) Heft I. S. 21.

Digitized by Google

von dem Verhältniß des socius zum socius gelten müssen, weil beide Geschäfte unter den allgemeinsten Begriff des Tausches von Werthen fallen. Die Römer haben vom Tausch in dieser weiten Bedeutung noch keine Vorstellung. Wir suchen daher vergebens in der Lehre von der societas nach einer Anwendung der exceptio non adimpleti contractus. Auf demselben Standpunct steht die heutige Theorie des Civilrechts [131]).

Es kann endlich die Absicht sein, daß der creditirte Gegenstand in derselben Form oder dessen Werth zurückgeleistet werden soll. Dies ist stets anzunehmen, wenn der creditirte Gegenstand mit Beifügung der Taxe übergeben wird. Aestimatio autem periculum facit ejus qui suscepit; aut igitur ipsam rem debetit incorruptam reddere aut aestimationem, de qua convenit [132]).

Dem Begriff des Credits ist es wesentlich, daß ein gegebener Werth zurückgeleistet wird. Es giebt keine Creditgeschäfte auf Gegenleistung [133]). Auch der Tausch im weitesten Sinne des Worts besteht in Leistung und Rückleistung eines vertragsmäßig festgestellten Werths; nur die Form des Werths, der zurückgeleistet wird, ist eine andere. Jeder der Contrahenten

---

[131]) Wenn zwei Capitalisten ein Gewerbe unternehmen, der eine socius die Einzahlung seines Capitals unterläßt, während das Gewerbe mit dem Capital des andern betrieben wird, hat dann dieser socius gegen die Klage des andern auf seinen Antheil an den Producten die exceptio non adimpleti contractus? Wenn zwei Personen sich zu einer Productiv-Gesellschaft vereinigen, der eine die Arbeit, der andere das Capital zu conferiren hat, — hat dann jeder socius gegen den andern die exceptio non adimpleti contractus? Wir sind ohne alle Basis für unsere Entscheidung, so lange wir uns über jenen allgemeinsten Begriff des Tausches nicht klar sind.

[132]) L. 1. § 1. D. d. aestimatoria. (19. 3.)

[133]) Dieses Wort „Gegenleistung" hat in unsern Lehrbüchern des Civilrechts große Verwirrung hervorgerufen.

Digitized by Google

verspricht einen Werth, den er in einer bestimmten Form empfangen würde, in einer andern bestimmten Form zurückzuleisten. Es wird dabei stillschweigend vorausgesetzt, daß der eine oder andere Contrahent mit der Leistung den Anfang machen, also einen kurzen Credit geben werde. Eine gleichzeitige Leistung von beiden Seiten, wenn sie überall möglich ist, wird mindestens im Verkehr nicht beabsichtigt[134]), und Leute, welche ein solches Mißtrauen gegen einander hegen, daß sie sich diesen kurzen Credit nicht gewähren, — die tauschen überhaupt nicht mit einander. Hieraus folgt, daß, wer aus einem Tauschvertrage seinerseits nicht geleistet hat, die Leistung von der andern Seite nicht fordern kann, weil ohne vorherige Leistung eine Rückleistung unmöglich ist; — ferner, wenn von der einen Seite geleistet ist, dieser Werth als ein Darlehen erscheint, für dessen Nutzung bis zum Augenblick der Rückleistung Zinsen zu zahlen sind, weil in einem Staate, wo Arbeitstheilung besteht, die Nutzung von Werthen regelmäßig nur gegen Vergütung eingeräumt werden kann, dies mithin stets als stillschweigende Meinung bei eingeräumten Nutzungen anzunehmen ist. Die Römer haben beim Kaufcontract Sätze, welche als reine Consequenzen dieser Anschauung erscheinen. Sie weisen die Klage des Verkäufers zurück, so lange er seinerseits noch nicht tradirt hat[135]): sie lassen vom Kaufpreis Zinsen bezahlen, sobald die Tradition der Waare erfolgt ist[136]). Andererseits treten aber wieder Sätze hervor, welche mit jener Auffassung im Widerspruch stehen. Die beider-

---

[134]) Der Begriff des Tauschvertrags ist durch Anschauung des Verkehrs zu finden. Tausch ist das, was der Verkehr darunter versteht.

[135]) L. 25. D. d. A. E. V. (19. 1.) Gaj. IV. § 126. l. 5. §. 4. D. d. doli et met. etc. (44. 4.) l. 5. 6. D. d. evict. (4. 49.)

[136]) L. 13. § 20. 21. D. d. A. E. V. (19. 1.) L. 5. 6. eod. (4. 49.)

Digitized by Google

seitigen Verpflichtungen des Verkäufers und Käufers sind durchaus selbstständig; jeder Contrahent gründet seinen Anspruch lediglich auf das Versprechen des andern und die Klage aus dem Contract ist an sich begründet, ohne daß der Kläger den Contract erfüllt hat. Der Einwand des nicht erfüllten Contracts wird daher als exceptio aufgefaßt, d. h. als Recht des Beklagten die an sich fundirte Klage unwirksam zu machen, und Ulpian erklärt diese exceptio mercis non traditae als eine Art Schutzpfändung, die dem Käufer billigerweise gestattet werden müsse: — venditor quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit[137]). Die gesetzlichen Zinsen des Käufers führt er lediglich auf die aequitas zurück: — cum emptor re fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere[138]). Wir glauben nicht zu irren, wenn wir uns die eigenthümliche Gestaltung des Römischen Rechts in dieser Materie so erklären. Die juristische Stellung des Verkäufers zum Käufer hat einen historisch zufälligen Grund. Die actiones empti und venditi erscheinen, wie zwei actiones ex stipulatu, weil früher der Kaufcontract mit Hülfe zweier Stipulationen abgeschlossen wurde, da der bloße Consensus noch keine Klage begründete. Diese Vorstellung stand bereits fest, als die Römer durch die wachsende Intelligenz über die Stellung der Contrahenten zu einander eine richtigere Einsicht gewannen. Anstatt nun die juristische Auffassung zu ändern, schlugen sie hier, wie fast immer, den Weg ein, daß sie die einmal bestehende juristische Auffassung conservirten und ihre materielle Auffassung der Sache damit in Einklang zu bringen suchten[139]). Eine Bestätigung

---

[137]) L. 13. § 8. D. d. A. E. V. (19 1.)

[138]) cit. l. 13. § 20. D. eod.

[139]) Es ist den Römern bei der Fortbildung ihres Rechts eigenthümlich,

Digitized by Google

unserer Ansicht finden wir in der locatio conductio rei, welche sich der emptio venditio analog entwickelt hat. Hier finden wir die exceptio non adimpleti contractus nicht mehr, sondern schon anerkannt, daß die actio locati auf die merces zu ihrem Fundament wesentlich erfordert, daß der Vermiether seinen Contract vollständig erfüllt hat, d. h., daß die Miethzeit abgelaufen ist.

Es ist nun zunächst als eine Unvollkommenheit des Römischen Rechts anzusehen, daß es bei Tauschverträgen die Pflicht zur Zahlung gesetzlicher Zinsen auf den Kaufcontract beschränkt, ja sogar nur den Käufer Zinsen zahlen läßt, und derselbe Vorwurf trifft unsere heutige Theorie, welche sich einfach und gedankenlos bei den Bestimmungen des Römischen Rechts beruhigt. Die Aufgabe unserer Jurisprudenz ist hier, die Mangelhaftigkeit und Inconsequenz des Römischen Rechts aufzudecken, das eigentliche Princip, aus welchem die Pflicht des Käufers zur Zinszahlung als Consequenz hervorgeht, aufzufinden und vollständig durchzuführen. Das Princip ist: Wer aus einem Tauschvertrage leistet, ohne die Rückleistung zu empfangen, hat dem andern Contrahenten einen Werth als Darlehen gegeben, das bis zur erfolgten Rückleistung desselben in der vertragsmäßigen Form nach stillschweigender Meinung der Contrahenten verzinst werden muß[140]). Es muß daher:

---

daß sie nicht aufhoben und einführten, sondern stehen ließen und anflickten. Zum großen Theil besteht daher die Fortbildung des Römischen Privatrechts in einem Complex von Exceptionen.

[140]) „Wenn ein Detailhändler seinen Laden dadurch garnirt und assortirt, daß er vom Manufacturisten oder Großhändler auf Credit und Ziel kauft: so entlehnt er wirklich auf Zinsen." J. B. Say a. a. O. Bd. II. Buch II. Cap. 8.

Digitized by Google

1) auch der Verkäufer den ihm pränumerirten Kaufpreis verzinsen, bis er seinerseits die Waare tradirt hat[141]).

2) Auch der, welcher aus einem Tausch im engern Sinne (permutatio) einseitig geleistet hat, kann Zinsen vom Marktwerth des geleisteten Gegenstandes verlangen.

3) Der Miether hat nach Ablauf der Miethzeit die fällige Miethe zu verzinsen[142]).

4) Der socius, welcher die vertragsmäßige Arbeit oder das vertragsmäßige Capital conferirt hat, kann von diesen Werthen Zinsen verlangen, so lange der andere socius mit seinen vertragsmäßigen Leistungen im Rückstande bleibt[143]).

Es ist ferner als ein Mangel des Römischen Rechts zu betrachten, daß das Verhältniß der actiones venditi und empti zu einander eine juristische Gestalt behalten hat, welche mit der eignen materiellen Anschauung der Römer in Widerspruch steht, und daß sie den Grundsatz: aus Tauschverträgen könne der eine Contrahent gegen den andern nur dann klagen, wenn er seinerseits erfüllt habe, nicht vollständig durchgeführt haben. Die heutige Theorie ist zu tadeln, daß sie das Römische Recht einfach in der Gestalt, wie es vorliegt, als geltendes Recht darstellt. Wir sind der Ansicht, daß der Römische Rechtssatz, die actiones venditi und empti würden ipso jure durch die Perfection des Kaufcontracts fundirt, und es be-

---

141) Oder, was dasselbe ist, — er muß für die Nutzung der Waare Miethe bezahlen, die dem Zins vom Kaufpreise gleich ist. Dieser Satz cessirt natürlich, wenn der Verkäufer den Credit nicht begehrt, sondern nur auf den Wunsch des Käufers die Tradition der Waare hinausschiebt. Ebenso hat auch der Käufer den Kaufpreis nicht zu verzinsen, wenn er den Credit nicht begehrt, sondern die Zahlung auf den Wunsch des Verkäufers noch hinausschiebt.

142) Denn Miethe ist Kauf. Heft II. S. 14.

143) Vgl. oben S. 42. Note 131.

Digitized by Google

dürfe der exceptio non adimpleti contractus, um die an sich begründete Klage des Verkäufers und Käufers zurückzuweisen, nicht als geltendes Recht in Deutschland zu betrachten sei. Denn einmal ist jener Satz das Ergebniß einer zufällig historischen Entwicklung, ferner zeigt sich in der locatio conductio, daß die Römer selbst schon diesen Standpunkt verlassen haben; endlich widerspricht die juristische Auffassung der Römer ganz und gar der Natur der Sache, d. h. dem Begriff der Tauschverträge. Aus diesem Grunde ist nicht anzunehmen, daß jener Rechtssatz in das Deutsche Rechtsbewußtsein übergegangen und als recipirt zu betrachten sei. Die Theorie des heutigen Rechts hat demnach darauf hinzuweisen, daß alle Tauschverträge, im weitesten Sinne des Worts, auf Leistung und Rückleistung gehen; daß durch die Perfection des Vertrags jeder Contrahent nur bedingt verpflichtet werde, also wesentlich zur Fundirung seiner Klage behaupten müsse, daß er seinerseits erfüllt habe. Die Theorie hat darauf aufmerksam zu machen, daß die Römer selbst schon bei der actio locati des Vermiethers dies anerkannt hätten, und endlich hervorzuheben, daß dies auf alle und jede Verträge Anwendung finde, die einen Austausch von Werthen bezweckten, und namentlich auch bei der societas Platz greife.

Der Empfänger des creditirten Werths ist nicht nothwendig auch derjenige, dem der Werth creditirt wird. Es sind vielmehr noch folgende Fälle möglich:

1) Man giebt dem A einen Werth, in dem Vertrauen, der B werde ihn zurückleisten. Dies ist der Fall, wenn Jemand ein Creditgeschäft schließt, und Werthe empfängt mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenserklärung, daß er es (mit oder ohne Auftrag) für einen

Digitized by Google

Andern schließe. Hierher gehören die Creditgeschäfte, welche von Sclaven oder Hausföhnen für den dominus oder parens geschlossen wurden[144]). Der Auftrag heißt hier jussus[145]); wenn kein Auftrag vorlag, sprach man von einer versio in rem[146]). Hierher gehören ferner die Creditgeschäfte der Institoren für ihre Principale, der Mandatarien für ihre Mandanten, der negotiorum gestores für den dominus negotii[147]).

2) Man giebt dem A einen Werth in dem Vertrauen, der A oder B werde ihn zurückleisten. Geht die Absicht des Creditgebers dahin, zunächst den A und erst in subsidium den B in Anspruch zu nehmen, so liegt Bürgschaft[148]) vor.

Der creditirte Werth ist wesentlich ein anvertrauter Werth. Daher ist der sog. Realcredit kein Credit. Wer einen Werth nur gegen Realsicherheit weggiebt, der will eben nicht creditiren; er will den Werth, den er giebt, nicht anvertrauen, sondern in einer andern Form zurückhaben. Wo ein Werth gegen Realsicherheit weggegeben wird, findet ein Austausch von Werthen Statt. Die Ansicht der Römer, nach welcher die Hypothek einen creditirten Werth sichern soll, ist durchaus falsch[149]). Die Bedeutung der Hypothek liegt viel-

---

144) Puchta, Pand. § 277. 278.

145) L. 1. § 1. D. Quod jussu. (15. 4.) Ein stillschweigender Auftrag lag in der Constituirung eines peculium, das einem servus oder filiusfamilias zur Verwaltung oder als Capital zum Betriebe eines Gewerbes angewiesen wurde. Vgl. oben S. 21. Note 53.

146) Tit. Dig. de in rem verso. (15. 3.)

147) Puchta, Pand. § 278. 279.

148) Die Bürgschaft hat bei den Römern diesen subsidiären Character erst durch Justinian erhalten. Nov. 4. c. 1.

149) Diese von unsern Juristen gepredigte Theorie ist der Hauptgrund, weshalb sich unser Hypothekenrecht in Deutschland so langsam entwickelt.

Digitized by Google

mehr darin, daß man ein Gut, z. B. ein Grundstück, als abstracten Werth und folglich als eine Summe kleiner Werthe auffassen, und diesen abstracten Werth ganz oder theilweise in Geld umsetzen kann, während man das Gut selbst (Eigenthum, Besitz und Genuß) vollständig behält [150]). Der Käufer des Guts oder einzelner Theile (der sog. Pfandgläubiger) begnügt sich mit der von der Staatsgesellschaft garantirten *Möglichkeit*, d. h. mit dem *Recht*, es beliebig oder zur festgesetzten Zeit *zu erlangen*. Die Hypothek ist also das sinnreiche Mittel, dem, welcher eine Summe Geldes nöthig hat, diese zu verschaffen, wenn er *weder Credit hat*, eine Anleihe zu machen, noch ein Object *disponibel*, um es zu verkaufen: — er behält sein Gut *in concreto* und verkauft es ganz oder theilweise in *abstracto*. Wo Hypothekenbücher existiren und eine Intabulation auf eignen Namen stattfindet, da kann man sein Gut (als eine Summe von abstracten Werthen) als Hypothekenscheine in der Tasche haben und die einzelnen Theile beliebig verkaufen. Allerdings kann auch da, wo ein Werth gegen Realsicherheit weggegeben wird, *Vertrauen erforderlich sein*. Von Creditgeschäften in diesem weiten Sinne — wohin auch der Platzkauf gehören würde — ist hier aber nicht die Rede.

Wer Credit giebt, heißt *Gläubiger*, bei den Römern *creditor* [151]); wer Credit empfängt *Schuldner*, bei den Rö-

---

Die wesentliche Vorbedingung einer naturgemäßen Gestaltung unseres Hypothekenrechts ist die vollständige Beseitigung jener falschen romanistischen Anschauung.

[150]) Dies klingt paradox; aber man bedenke, daß ein solches Eigenthum lediglich ein *formelles* und ein solcher Eigenthümer Nichts weiter ist, als der *Pächter seiner* sog. *Creditoren*.

[151]) Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam *crediderunt*, sed omnes quibus *ex qualibet causa debetur*. L. 11. D. d. V. S. (50. 16.)

Digitized by Google

mern ursprünglich nexi vinctus[152]), später debitor. Das Verhältniß zwischen creditor und debitor hieß ursprünglich nexus, späterhin schlechtweg obligatio[153]).

Es war bei den Römern der Creditgeber nicht nothwendig der alleinige creditor. Es wurde häufig ein sog. adstipulator[154]) zugezogen. Die adstipulatio war anfangs nothwendig, um den Uebergang der Forderung auf die Erben zu bewirken; ferner war sie das ursprüngliche Mittel, Jemand zur Eintreibung einer Forderung zu ermächtigen. Der adstipulator war eine Vertrauensperson[155]), und aus seinem Zweck erklärt sich, wie später als der active Klagenübergang eingeführt war, der Erbe des adstipulator kein Forderungsrecht hatte[156]). Als neben der stipulatio andere Verträge entstanden, trat an die Stelle des adstipulator der solutionis causa adjectus, der indessen kein selbstständiges Forderungsrecht hatte; der Schuldner konnte nur gültig an ihn zahlen[157]).

Wenn rücksichtlich desselben creditirten Werths mehrere Schuldner oder mehrere Gläubiger vorhanden sind, so liegt ein solidarischer Obligationsnexus vor. Ein solcher wurde ursprünglich bei den Römern durch stipulatio hervorgerufen. Daher hießen denn auch die mehreren Gläubiger: rei stipulandi, die mehreren Schuldner: rei promittendi[158]). Eine

---

[152]) Liv. II. 23.

[153]) pr. J. d. obl. (3. 13.)

[154]) Gaj. III. § 110: Possumus tamen ad id, quod stipulamur, alium adhibere, qui idem stipuletur, quem vulgo adstipulatorem vocamus.

[155]) Wie der familiae emptor. Gaj. II. § 104.

[156]) Gaj. III. § 114.

[157]) L. 106. D. de solut. (46. 3.)

[158]) Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat:

Digitized by Google

Folge des Umstandes, daß bei der Stipulation die Form des vinculum obligationis bildete [159]), war es, daß in solchem Falle una obligatio entstand, ungeachtet der Mehrheit der Subjecte [160]). Als später auch bei anderen Verträgen solidarische Berechtigungen und Verpflichtungen durch pactum adjectum ausgemacht werden konnten, blieb doch auch für diese Fälle der Ausdruck rei stipulandi und promittendi, obgleich hier nicht una obligatio vorlag [161]).

Geschuldete Werthe betrachtete der Römer materiell nicht mehr als Bestandtheile seines Vermögens und nannte sie daher aes alienum; umgekehrt sah er diejenigen Werthe, welche er zu fordern hatte, materiell bereits als Bestandtheile seines Vermögens an und nannte sie daher aes suum. Daher sagt Ulpian: Aes alienum est, quod nos aliis debemus, aes suum est, quod alii nobis debent [162]).

---

spondeo; utputa quum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: utrique vestrum dare spondeo. Nam si prius Titio sponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: Maevi, quinque aureos dare spondes? Sci, eosdem quinque aureos dare spondes? Respondeant singuli separatim: spondeo. pr. J. de duobus reis stipulandi et promittendi. (3. 16.)

159) Heft II. S. 34.

160) Vgl. l. 116. D. d. V. O. (45. 1.) l. 3. § 1. D. d. duob. reis. (45. 2.) Ein solches Schuldverhältniß nennen unsere Juristen eine Correal-Obligation. Die Einheit des Obligations-Nexus führt hier zu besondern und eigenthümlichen Consequenzen, die sich beim solidarischen Obligations-Nexus nicht finden. Puchta, Pand. § 235.

161) L. 9. pr. D. d. duob. reis. (45. 1.) — Da die Correalität durch die Form des Contracts entsteht, so ist der Begriff der Correal-Obligation heut zu Tage nur noch für das Wechselrecht von practischer Bedeutung.

162) L. 213. § 1. D. d. V. S. (50. 16.) Somit ändert sich mit der Entstehung des Credits der Begriff des Vermögens. Bona, sagt Paulus, intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt. L. 39. D. d. V. S. (50. 16.) Der einfache Begriff des Vermögens spaltet sich in Brutto- und Netto-Vermögen.

Digitized by Google

Die Pflicht zur Rückleistung creditirter Werthe beruht auf einem wirthschaftlichen und einem sittlichen Grunde. Alle civilisirten Völker anerkennen daher diese Pflicht, und die Römer nennen sie deshalb obligatio naturalis oder juris gentium[163]). Is natura debet, sagt Paulus, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem sequuti sumus[164]).

Der Credit ist seiner Natur nach ein freiwilliger. Wer den Credit erzwingt, der hat eben keinen Credit. Der freiwillige Credit kann aber ein vertragsmäßig oder einseitig gegebener sein. Letzteres, wenn einseitig Werthe einem Andern geopfert werden. Die Römer nennen dies: negotia alterius gerere, — aliquid utiliter in rem alicujus impendere[165]). Die hinterherige Genehmigung des dominus negotii heißt ratihabitio[166]).

Das Bedürfniß des einseitigen Credits tritt erst in der Zeit eines lebendigen Verkehrs hervor, wenn es unmöglich wird, in allen Fällen, wo man des Credits bedarf, einen speciellen Vertrag abzuschließen. Das ganze Gebiet des Credits beschränkte sich daher auch bei den Römern ursprünglich auf Creditverträge. Der erste Creditvertrag neben dem Platzkauf (mancipatio) war das Geldbarlehen, nexum genannt.

Die Creditverträge können einen sehr verschiedenen Zweck haben. Es kann eine Sache zur Aufbewahrung hingegeben werden, zur Sicherung einer Forderung, zur Nutzung, d. h. zur Consumption ihrer Productivdienste. Letzteres kann wieder den Zweck haben, daß der Empfänger sich irgend einen immateriellen

---

[163]) Vgl. Heft I. S. 6. Note.

[164]) L. 84. § 1. D. d. R. J. (50. 17.)

[165]) L. 2. D. d. neg. gest. (3. 5.)

[166]) L. 6. § 9. D. eod.

Digitized by Google

Genuß verschaffe, z. B. Hingabe einer Sache, um sie zu besehen, oder um Werthe zu erzeugen. Es kann dies gegen oder ohne Entgeld geschehen. Im ersteren Falle liegt in dem Creditiren ein Vermiethen.

Die Miethe liegt mitunter versteckt und tritt nicht als besonderer Vertrag hervor. So beim Kauf, wenn von der einen Seite geleistet ist. Die Römer, wenn sie gleich in solchen Fällen die Ausdrücke locatio conductio nicht gebrauchen, ebenso wenig Bezeichnungen, die auf ein zinsbares Darlehen deuten, haben doch offenbar den materiellen Gesichtspunct der Miethe aufgefaßt, um eine Reihe wichtiger Rechtsfragen zu entscheiden. Sie sehen den Kaufcontract im Moment der Perfection materiell als von beiden Seiten erfüllt an und betrachten den Verkäufer als Miether der res vendita, und den Käufer als Nutzer eines zinsbaren Darlehens. Daher hat der Verkäufer bis zur Tradition custodiam zu prästiren[167]); daher trägt der Käufer, wie ein Vermiether, das periculum der Sache[168]); daher hat der Verkäufer alle commoda rei herauszugeben, die er als Miether herausgeben müßte, während er alle diejenigen commoda behält, die er sich als Miether mit der Sache erwirbt, d. h. diejenigen, die er sich durch uti frui

---

[167]) L. 31. D. d. A. E. V. (19. 1.) Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit, quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius, quam actiones persequendae ejus praestari a me emptori oporteat, quia adversus vim custodia parum proficiat. Vgl. l. 28. C. d. loc. et conduct. (4. 63.) In judicio tam locati quam conducti — — custodiam — — venire constat.

[168]) § 3. J. d. empt. et vendit (3. 23.) Quum autem emptio et venditio contracta sit periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi ea res emptori tradita non sit. Vgl. cit. l. 28. C. eod: non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat.

Digitized by Google

der res vendita macht[169]); daher endlich hat nach der Tradition der Käufer das Kaufpretium zu verzinsen.

Es giebt Creditverträge, welche lediglich den Zweck haben, im Handelsverkehr Werthausgleichungen ohne Zahlung zu bewerkstelligen. Dann spricht man von einem besondern Handelscredit. Statt unseres Wechsels bedienten sich die Römer der Stipulation, und, in älterer Zeit auch, des Litteralcontracts.

Die Römischen Juristen haben die Creditverträge in ein System gebracht. Sie classificiren sie jedoch nicht nach ihren verschiedenen Zwecken, sondern nach den verschiedenen Umständen, welche die rechtliche Verbindlichkeit des Schuldners erzeugen. Diese causae civiles sind das Ergebniß einer Jahrhunderte umfassenden historischen Entwicklung.

Um die, für uns höchst eigenthümliche, Gestaltung der altrömischen Creditverträge klar aufzufassen und zu begreifen, muß man folgende Momente beachten. Der Platzkauf und das Geldbarlehen, — mancipatio und nexum waren in alter Zeit die beiden einzigen Geschäfte, welche den gesammten Verkehr in Rom bildeten. Sehr natürlich beschränkte sich daher das alte Verkehrsrecht auf die Normirung dieser beiden Geschäfte. Der Satz, welcher gewiß schon lange als Gewohnheitsrecht bestanden hatte, als er durch die 12 Tafeln zum Gesetz erhoben

---

[169]) Das heißt, er muß die commoda ex re (die Accessionen der Sache) herausgeben und behielt die commoda ex negotiatione. L. 21. D. d. hered. vel act. vend. (18. 4.) Er behält daher den Pacht- und Miethzins, den er bis zur Tradition aus der res vendita zieht, ferner bei landwirthschaftlichen Grundstücken alle Früchte, die er bis zur Tradition durch eigne Industrie erzeugt, nicht dagegen die Früchte, die durch die Natur selbst erzeugt werden. Auf diese Früchte ist der Ausspruch von Paulus in l. 38. § 8. D. de usuris (22. 1.) zu beziehen: Ex causa etiam emptionis fructus restituendi sunt.

Digitized by Google

wurde, lautete: Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto [170]). Als die Rechtsverbindlichkeit anderer Creditverträge nothwendig wurde, die Gesetzgebung aber schwieg, blieb Nichts übrig, als dem Geschäft die Form entweder eines Darlehens oder eines Platzkaufs zu geben, und den materiellen Inhalt des Vertrags durch die solennia verba auszudrücken. So entstanden die imaginären Darlehne [171]) und die imaginären Verkäufe [172]). Bei den letzteren lag das eigentlich materiell beabsichtigte Geschäft in der nuncupatio [173]) oder lex mancipationis [174]). So erscheint in der einen oder der andern dieser Formen eine Reihe von Creditgeschäften, welche später und noch heut zu Tage ihren besondern und eigenthümlichen Character haben. Jener einfache Rechtssatz der 12 Tafeln ist der kleine Kern, aus welchem durch unablässiges Treiben und Drängen des practischen Bedürfnisses das gesammte Römische Verkehrsrecht allmählig emporgewachsen ist. Die altrömischen Creditverträge waren also:

1) Das Darlehen und zwar
   a. das wirkliche,
   b. das imaginäre Darlehen. Wir haben bereits früher erörtert, wie die Form des Darlehens benutzt ward, um dem Bedürfniß einer rechtsverbindlichen Zinsobligation zu genügen [175]).
2) Der Scheinkauf mit einer feierlichen lex mancipationis.

---

170) Festus voc. nuncupata. Cic. d. off. III. 16. J. Gothofred. VI. 1. Dirksen 6. 1.

171) Vgl. Heft II. S. 32. 33.

172) Heft I. S. 46. Note 77.

173) Gaj. II. § 105.

174) Schweppe a. a. O. § 252.

175) Heft II. S. 33. v. Savigny a. a. O. S. 414 und 417.

Digitized by Google

Dieſer diente dem Verkehr, um verſchiedene Creditgeſchäfte klagbar zu machen. Es iſt zunächſt die urſprüngliche Geſtalt des Credit-Kaufs. Da das alte Kaufgeſchäft weſentlich ein in continenti vollzogenes Platzgeſchäft war und das Eigenthum an der res mancipata gerade durch die Zahlung des Preiſes auf den Käufer überging[176]): ſo war eigentlich ein Creditkauf gar nicht möglich. Allein die Möglichkeit war practiſches Bedürfniß und der Verkehr half ſich hier ähnlich, wie beim Zinsvertrage. Man nahm auch hier die Form für das Weſen der Sache, vollzog das Kaufgeſchäft unter Anwendung von aes und libra durch eine Scheinmünze (quasi pretii loco) und reſervirte ſich, ebenfalls geſtützt auf die Worte des 12 Tafel-Geſetzes: „uti lingua nuncupassit, ita jus esto“, — die remancipatio, bis die beſtimmte Kaufſumme gezahlt werde. Dieſe Reſervation, welche nach dem Wortlaut des 12 Tafel-Geſetzes nuncupatio[177]) hieß, war eine einſeitige Willenserklärung des Verkäufers bei Uebertragung des Eigenthums, und ſchloß mit den Worten: ita do itaque, Quirites, testimonium mihi perhibetote[178]). Die Verpflichtung des Käufers zur Remancipation beruhte alſo nicht auf Vertrag; der obligatoriſche Grund war die Form: aes, libra und solennia verba. Es kann nicht auffallen, daß man in der nuncupatio die Rückleiſtung der res mancipata ausbedang. Denn einmal

---

[176]) Als ein Ueberbleibſel aus dieſer alten Zeit iſt hier der Satz des Juſtinianiſchen Rechts zu erwähnen: Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum est aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione. Vgl. Puchta, Pand. § 148. Note g. Der Satz iſt alſo ganz wörtlich zu interpretiren; ob er aber als recipirt zu betrachten ſei, iſt eine andere Frage.

[177]) Gaj. loc. cit.

[178]) Gaj. I. § 119. II. § 102—104.

Digitized by Google

macht es für die Zeit eines noch schwachen Verkehrs für den Verkäufer noch keinen Unterschied, ob er seine Sache zurück- oder den Preis bekommt. Ferner war ein Ausbedingen des Kaufpreises nicht möglich, weil ja der Preis, wenn auch nur als Scheinmünze gezahlt, mithin das Geschäft vollständig vollzogen war [179]).

Der Scheinkauf vertrat ferner alle Verträge des heutigen Rechts, in denen Jemandem temporär zu irgend einem Zweck eine Sache übergeben und anvertraut wurde. Um einen rechtlichen Anspruch auf Restitution zu haben, blieb kein anderes Mittel übrig als der Scheinverkauf, bei dem in der lex mancipationis die remancipatio feierlich reservirt wurde. Das Geschäft hieß hier fiducia, — die res mancipata, hier res fiduciaria [180]). Die fiducia war also eine mancipatio auf remancipatio: Verkauf auf Wiederkauf. Das Geschäft wurde oft mit dem Darlehensgläubiger geschlossen, weil die Römer in alter Zeit die Universalsuccession nicht kannten und daher der Erbe des Darlehensschuldners nicht haftete. Zu seiner Sicherheit wurde dem Creditor ein Werthobject mancipirt, um es nach Beendigung des Darlehensnexus zu remancipiren. Daher heißt es: fiducia est, cum res aliqua sumendae pecuniae gratia vel mancipatur vel in jure ceditur [181]). Dies war aber durchaus nicht der alleinige Zweck der fiducia. Fiducia contrahitur, sagt Gajus [182]), aut cum

---

[179]) Dies übersieht v. Savigny, wenn er meint, daß durch die lex mancipationis eine Klage auf den creditirten Kaufpreis begründet wäre. Vgl. v. Savigny, vermischte Schriften. Bd. 2. S. 413. Note 1.

[180]) Oder fiduciae data; vgl. Schilling a. a. O.

[181]) Isid. Or. V. c. 25.

[182]) Gaj. II. § 60. Vgl. Boeth. ad Cic. Topic. IV.: . . : Fiduciam vero accipit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti

Digitized by Google

creditore ... aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent.

Alle dieſe Geſchäfte heißen nexum. Nexum est, ſagt Gallus Aelius, quodcunque per aes et libram geritur, idque necti dicitur [183]). Alſo die mancipatio nicht bloß dann, wenn ſie imaginaria venditio war, ſondern auch dann, wenn ſie ein wirklicher, von beiden Seiten vollſtändig vollzogener Verkauf war. So erklärt ſich der Ausſpruch des Mucius Scävola: quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeterquam quae mancipio dentur [184]).

Es ergiebt ſich aus dem Vorſtehenden, daß das Nexum ſtets eine Eigenthumsübertragung, ein dare [185]) enthielt, und, wo es ein Creditgeſchäft war, eine Verpflichtung zur Rücküber-

---

remancipet. ... Haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponatur. Dieſe mancipatio fiduciaria bildete alſo einen Gegenſatz zu jenem Creditkauf, wo dem Empfänger die Sache nicht in der Abſicht gegeben wurde, ut mancipanti remancipet. Bei der mancipatio fiduciaria ging von vornherein die Tendenz des Geſchäfts auf remancipatio, bei dem Creditkauf nicht.

[183]) Fest. v. nexum. Vgl. Varro d. L. L. VI. 5. Nexum, Manilius scribit, omne, quod per libram et aes geritur.

[184]) Varro loc. cit. — Nexum war alſo ganz allgemein ein rechtsverbindliches Geſchäft, nicht bloß ein rechtsverbindliches Credit-Geſchäft. Die Rechtsverbindlichkeit beruhte aber in der Form (aes libra). Eine Zahlung hieß daher auch nexum, mochte ſie eine wirkliche oder imaginaria solutio (bei der bloß die Form beobachtet wurde) ſein. Wegen dieſer weiteren Bedeutung des Wortes „nexum“ konnte man die res mancipata beim Scheinverkauf eine res nexa nennen. Res nexa hieß jede res mancipata, deren remancipatio unter gewiſſen Bedingungen in der lex mancipationis feierlich reſervirt war. Es erhellt ferner, wie die Römer darauf kamen, die solutio indebiti nach Analogie des Darlehens zu behandeln. Aus dieſer weiteren Bedeutung des Wortes „nexum“ erklärt ſich endlich die Eintheilung der alten Verkehrsgeſchäfte in: nexi datio (d. i. Mancipation), nexi obligatio und nexi liberatio. v. Savigny a. a. O. S. 409.

[185]) Vgl. oben S. 41. Note 124.

Digitized by Google

tragung des Eigenthums begründete. Ferner, (und dies ist nicht zu übersehen) daß nur dasjenige, was wörtlich ausgemacht war („uti lingua nuncupassit") als Inhalt des Geschäfts angesehen wurde. Weil also die Berücksichtigung der bona fides, d. h. der stillschweigenden Meinung der Contrahenten überall nicht stattfand, so nannte man späterhin diese alten Geschäfte negotia stricti juris. Allen diesen Geschäften war außerdem characteristisch, daß sie inter praesentes, sine conditione et die und ohne Stellvertretung abgeschlossen wurden. Um zu begreifen, wie diese schwerfällige Form der Geschäfte den Anforderungen des Verkehrs genügen konnte, muß man sich in die wirthschaftlichen Zustände Roms zur Zeit eines Curius Dentatus zurückversetzen, die wir in der vorigen Abhandlung zu schildern versucht haben.

Es ist bereits früher entwickelt worden, wie das Darlehen allmählig eine freiere und bequemere Gestalt annahm; wie mit der Einführung des geprägten Geldes an die Stelle der expensio die numeratio pecuniae trat; wie man noch festhielt an dem Gebrauch der Geldwaage, weil man das obligatorische Moment in der Form sah; wie man endlich die bloße numeratio für genügend hielt, um das Geschäft bindend zu machen [186]). Aber dennoch blieb ein Rest der alten Idee, der sich bis auf Justinian erhalten hat. Man sah noch immer das vinculum obligationis in einem rein äußerlichen Umstande, — in der Hingabe des Geldes, — und sagte vom Darlehen: re contrahitur obligatio. So entstand der Begriff des Realcontracts [187]).

Aus dem imaginären Darlehen entwickelten sich zwei eigenthümliche Geschäfte, die jedoch ihres gemeinsamen Ursprungs wegen denselben juristischen Character behielten. Diese Ge-

[186]) Heft II. S. 34.

[187]) pr. J. Quib. modis re contrahitur obligatio. (3. 14.)

Digitized by Google

schäfte[188]) sind die **stipulatio** und der **Litteralcontract**[189]). Es ist hervorgehoben worden, daß man bei der stipulatio anfangs noch immer ihren Ursprung festhielt und sich ihrer nur bei Obligationen auf ein dare bediente; daß man aber später das obligatorische Moment nur in den correspondirenden Worten fand und auch Stipulationen auf facere und dare facere zuließ. Diese weitere Entwicklung zeigt sich noch in den beiden verschiedenen Namen der Stipulationsklage. Sie heißt bei Stipulationen auf ein dare: condictio, bei Stipulationen auf facere: actio ex stipulatu[190]). Was den Litteralcontract betrifft, so hängt seine Entstehung und sein Begriff eng mit der Geschichte der Zahlung, insbesondere der Delegation zusammen und kann daher erst weiter unten besprochen werden.

Daß die Form des Creditkaufs, wie sie eben beschrieben worden ist, sehr bald dem Verkehr nicht mehr genügte, bedarf keines weiteren Nachweises. Mit der Entwicklung des Handels und der wachsenden Speculation im Verkehr war es nicht mehr hinreichend, dem Verkäufer einen Anspruch auf Rückgabe der merx zu geben, so lange der Käufer nicht zahlte. Es war jetzt ein großer Unterschied, ob der Verkäufer seine Waare zurück oder den Kaufpreis bekam. Das imaginäre Darlehen[191]),

---

[188]) Siehe oben S. 36 Note 110. Heft II. S. 35.

[189]) Das imaginäre Darlehen verlor mit der Lex Poetelia, welche das nexum aufhob, seine Bedeutung. Seit dieser Zeit bediente man sich also statt dessen der Stipulation und des Litteralcontracts. Das Gesetz fällt nach der gewöhnlichen Jahresrechnung in das Jahr 428; nach Niebuhr III. 178 in das Jahr 424; ebendaselbst aber bezweifelt Niebuhr von anderer Seite die Zeitbestimmung. v. Savigny a. a. O. S. 421 Note 1.

[190]) pr. J. d. V. O. (3. 16.) Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione, quum quid dari fierive nobis stipulamur, ex qua duo proficiscuntur actiones, tam condictio si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu si incerta. Vgl. Heft II. S. 34 Note 95.

[191]) Vgl. oben Note 189.

Digitized by Google

später die Stipulation, welche sich allmählig gebildet hatte, war geeignet, das practische Bedürfniß zu befriedigen, d. h. dem Verkäufer eine Klage auf das pretium zu verschaffen, und es ist mehr als wahrscheinlich [192]), daß der erste Act der weiteren Entwicklung des Creditkaufs darin bestand, daß man bei der mancipatio die lex mancipationis wegließ und statt dessen vom Käufer das pretium stipulirte [193]). Als ein Ueberbleibsel dieser Form des Creditkaufs mag es anzusehen sein, daß noch im Justinianischen Recht bestimmt hervorgehoben wird, daß der Käufer zum dare pretium verpflichtet sei, d. h. zur Uebertragung des Eigenthums am Kaufgelde, während der Verkäufer nur zum tradere possessionem verpflichtet ist [194]). Es ist oben auseinander gesetzt worden, wie es kam, daß der Verkäufer nicht zur Uebertragung des Eigenthums verpflichtet bleiben konnte, und deshalb im Verkehr an die Stelle der alten mancipatio die venditio treten mußte [195]). Der Creditkauf veränderte sich also dahin, daß die mancipatio von Seiten des Verkäufers wegfiel, statt dessen die traditio possessionis geschah und daneben die Stipulation des Kaufpreises stattfand. Als ferner das Bedürfniß dahin führte, Lieferungskäufe abzuschließen, mußte man auch die Lieferung der Waare stipuliren. Dies ist vielleicht die erste Veranlassung gewesen zu einer stipulatio auf facere und dare facere. So löst sich der alte Creditkauf in zwei Stipulationen auf. Als endlich der Handel Kauf-

---

[192]) Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 413 Note 1.

[193]) Die Scheinmünze, welche pretii loco gegeben wurde, blieb wahrscheinlich im Gebrauch und diente als argumentum convenisse. Es ist zu vermuthen, daß sich hieraus das Institut der arrha entwickelt hat. L. 35. pr. D. d. contr. empt. (18. 1.)

[194]) Emptor autem numos venditoris facere cogitur. l. 11. § 2. d. A. E. V. (19. 1.)

[195]) Heft II. S. 24 ff. Vgl. Heft I. S. 47 Note 78.

Digitized by Google

geschäfte inter absentes nöthig machte, waren auch die Stipulationen unbrauchbar; man ward gezwungen, den Kaufcontract als bindenden Consensual-Contract anzuerkennen und zu seinem Schutze die actiones empti und venditi einzuführen. Diese beiden actiones tragen noch die Spuren der Stipulationsklagen an sich, deren Beseitigung durch die exceptio mercis non traditae beabsichtigt wurde [196]). Neben der emptio venditio blieb die rei permutatio als bloßes Platzgeschäft. Dieser Tausch im engern Sinn hat eine weitere Entwicklung nur insofern erfahren, als die römische Jurisprudenz später die Theorie der sogenannten Innominat-Contracte und der condictio causa data causa non secuta auf denselben angewandt hat [197]). An die emptio venditio schloß sich die locatio conductio an; auch sah man sich genöthigt, die Association, welche bei Handelsunternehmungen immer mehr vorkam, als rechtsverbindliches Geschäft anzuerkennen.

Die fiducia endlich löst'e sich aus denselben Gründen, aus denen der ursprüngliche Creditkauf in den contractus emptionis et venditionis überging, in eine Reihe einzelner Realcontracte auf: commodatum, depositum und pignus [198]).

Die vom alten Nexum herrührende Idee des Real-Contracts führte weiter zu dem Satz: daß jede auf Grund einer Vereinbarung erfolgte Leistung, bestehe diese nun in einem dare oder facere, einen Anspruch auf die verabredete

---

196) Siehe oben S. 44.

197) Siehe unten S. 68. — Paulus in l. 1. § 2. 4. D. d. rer. permut. (19. 4.): Permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet. Igitur ex altera parte traditione facta, si altera rem nolit tradere, non in hoc agemus, quod interest nostra, illam rem accepisse, de qua convenit, sed ut res contra nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta.

198) Puchta Pand. § 319. 320. 321.

Digitized by Google

Rückleistung geben müsse. Es war dies nichts weiter, als ein juristischer Kunstgriff, um in Ermangelung gesetzlicher Bestimmungen dem practischen Bedürfniß zu genügen, welches die Rechtsverbindlichkeit aller Creditverträge — totius ob rem dati tractatus [199]) — verlangte. Der Jurist Aristo unter Trajan kam zuerst auf diesen Gedanken, und es gelang ihm, seine Deduction zur Geltung zu bringen, weil er eben das practische Bedürfniß auf seiner Seite hatte. Die hierher gehörigen Fälle waren unzählig und der verschiedensten Art, was die Leistung und Rückleistung betrifft. Man brachte sie, um eine Uebersicht zu gewinnen, auf die vier Classen: do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des [200]).

Die heutige Theorie des Civil-Rechts erklärt, daß außer dem alten Litteralcontract, der schon zu Justinian's Zeit antiquirt war, auch die Stipulation unpractisch sei, indem nach einem gemeinen Deutschen Gewohnheitsrecht jeder formlose Vertrag eine Klage begründe, und schließt weiter, daß damit auch die Römische Theorie der Innominat-Contracte zusammenfalle. So unzweifelhaft dies ist, so sehr müssen wir bezweifeln, daß die Römischen Real-Contracte: das mutuum, commodatum, depositum und pignus noch von practischer Bedeutung in Deutschland sind. Es ist unsrer Ansicht nach ein Irrthum, wenn man meint, daß auch jetzt noch in diesen vier Fällen zwischen pactum de contrahendo und dem Contract selbst unterschieden werden müsse, und der letztere erst re, d. h. durch Hingabe der Sache, perfect werde. Die deutsche Volksüberzeugung weiß von einer solchen Unterscheidung Nichts; sie faßt vielmehr Beides zusammen als ein Geschäft auf und

[199]) L. 5 D. d. praescr. verb. in factum act. (19. 5.)

[200]) Paulus in cit. l. 5. D. d. praescr. Unsere Juristen haben hier den Ausdruck Innominat-Contracte.

Digitized by Google

gründet die Verpflichtung des Empfängers zur Restitution nicht auf die Hingabe der Sache, sondern auf den Consensus, die Vereinbarung. Die Hingabe der Sache ist nur wesentlich, um eine bis dahin bedingte Pflicht zur Rückleistung zur unbedingten zu machen. Wir haben daher auch schon früher hervorgehoben, daß das zinsbare Darlehen nach dem Rechtsbewußtsein des Deutschen Volks ein einfacher Miethcontract ist und nach den Grundsätzen der locatio conductio rei beurtheilt wird [201]). Wir glauben daher als einen Grundsatz des heutigen Rechts aufstellen zu müssen: alle Creditverträge sind einfache Consensualverträge, möge es sich nun darum handeln, daß der zu creditirende Gegenstand in derselben oder in einer andern Form zurückgeleistet werde; die Pflicht zur Rückleistung ist mit der Perfection des Vertrags selbstverständlich nur eine bedingte, und wird erst durch die wirkliche Leistung des Gegenstandes eine unbedingte.

Der allgemeine Credit in einem Staate ist nationalökonomisch von höchster Bedeutung. Er vervielfältigt nicht, wie man wohl behauptet hat, die Capitalien; denn ein Capital ist ein materieller Werth und kann daher nie an zwei Orten zugleich sein [202]). Der Credit vereinigt aber getrennte Arbeit und Capitalien und macht daher eine Menge Werthe, welche sonst lahm liegen würden, productiv. Je mehr der allgemeine Credit im Staate steigt, desto weniger Capital wird man dort finden, das nicht mit Arbeit, und desto weniger Arbeit, die nicht mit Capital verbunden wäre. Der Credit befördert ferner den Absatz aller Producte und beschleu-

---

[201]) Heft II. S. 36. 37. 42.

[202]) J. B. Say, Bd. II. Buch II. Cap. 8.

Digitized by Google

nigt endlich den Umlauf derselben, indem er das Geld ersetzt [203]).

In der Periode wirthschaftlicher Isolirtheit herrscht ein unbegrenztes gegenseitiges Vertrauen, — ein großer allgemeiner Credit, und dieser Zustand kann sich erhalten, weil der Credit des Einzelnen nur sehr wenig in Anspruch genommen, und die seltenen Fälle, in denen das Vertrauen mal gemißbraucht wird, nicht von erheblichem Einfluß sein können. Dies ändert sich mit dem Eintritt des Volks in die Periode der Arbeitstheilnng und des Verkehrs. Die Fälle des getäuschten Vertrauens häufen sich und an die Stelle gemüthlicher Sorglosigkeit tritt allmählig die höchste Vorsicht: — der allgemeine Credit wird ein höchst individueller [204]). Dieser Zustand ist einer schweren Krankheit zu vergleichen, in welche der Staatskörper verfällt, — einer Krankheit, von der die Gesellschaft nur sehr langsam genes't. Jahrhunderte vergehen, ehe das allgemeine Mißtrauen vollständig verschwindet und ein allgemeiner Credit wiederhergestellt ist. Um sich über die Heilmittel klar zu werden, ist die Basis festzustellen, worauf der Credit beruht.

Der individuelle Credit beruht auf der Ueberzeugung des Creditgebers, daß der Creditnehmer den creditirten Werth zurückleisten könne und wolle. Was den **ersten** Punct betrifft, so entscheidet zunächst das Vermögen des Creditnehmers.

---

[203]) Roscher, Grundlagen § 90. So wird allerdings durch den Credit eine Menge Arbeit und Capital, die sonst auf das Zählen, Wägen, Transportiren des Geldes verwendet werden müßte, gespart und disponibel. Wenn diese so ersparten Werthe wieder anderweitig angelegt werden, so hat der Credit allerdings die so erzeugten Producte hervorgebracht.

[204]) So erklären wir uns, daß in der älteren Zeit des Römischen Verkehrs bei allen Geschäften so viel Gewicht auf die Form gelegt wurde: — quinque testes, puberes, cives Romani; solennia verba, — bestimmte Frage und Antwort der Contrahenten; — nur das wörtlich Ausgemachte war Inhalt des Geschäfts.

Digitized by Google

Ist es unbedeutend: so entscheidet die Möglichkeit, Werthe zu produciren, aus denen er den creditirten Werth restituiren könne, d. h. sein Industrie-Talent und die Möglichkeit, es in Verbindung mit dem creditirten Capital productiv zu machen, — also auch die Sicherheit der Unternehmung, für welche der Credit in Anspruch genommen wird. Was den **zweiten** Punct betrifft: so entscheidet die Solidität und der Ruf des Creditnehmers.

Da der allgemeine Credit im Staate lediglich in dem individuellen Credit aller oder doch der meisten Staatsangehörigen besteht: so hängt derselbe zunächst von der Größe des Nationalreichthums ab. Je reicher eine Nation, desto größer in ihr der Credit. Ferner entscheidet die größere oder geringere Gelegenheit, ein Industrie-Talent productiv zu machen. Je mehr Anlageplätze ein Staat für Capitalien bietet, desto größer der Credit. Endlich entscheidet die größere oder geringere Betriebsamkeit und Cultur der Nation — je betriebsamer und cultivirter die Nation, desto größer der Credit.

Damit scheinen die Mittel zur Begründung und Beförderung des Credits gegeben zu sein. Es sind alle Wege zu eröffnen, welche den Nationalreichthum fördern und alle bestehenden Einrichtungen zu beseitigen, welche den Nationalreichthum hemmen; es sind möglichst viele Anlageplätze für Capitalien zu eröffnen, und alle Hindernisse zu beseitigen, welche dem Einzelnen entgegenstehen, sein Industrietalent productiv zu machen; die Volkserziehung hat endlich die Nation auf eine möglichst hohe Stufe der Betriebsamkeit und moralischen Bildung hinaufzuführen.

Diese Mittel genügen indessen allein nicht. Der bloße Glaube, daß Jemand einen Werth leisten könne und wolle, ist bei Vielen nicht hinreichend, um ihm einen Werth anzuvertrauen. Der den meisten Menschen in hohem Grade angeborene

Digitized by Google

Erwerbsinn und Trieb, das Erworbene zu bewachen und festzuhalten, läßt bei allem Vertrauen doch einen Rest des Mißtrauens zurück, der bei Vielen noch durch eine natürliche Aengstlichkeit und Sorglichkeit verstärkt wird. Man verlangt weitere Garantien für das Wollen und Können und ohne diese Garantien stände es bei der reichsten, mit den mannigfaltigsten Anlageplätzen versehenen, betriebsamsten und cultivirtesten Nation sehr schlimm; um wie viel schlimmer bei einer Nation, welche eben erst in die Periode der Arbeitstheilung eintritt, arm, ohne Anlageplätze, ohne Industrie und ohne Cultur ist! Diese Garantien bilden eine Reihe von Institutionen, welche allmählig entstanden und weiter vervollkommnet, die Geschichte des Credits enthalten. Wir haben hier nur die Klagbarkeit[205]) der Creditgeschäfte hervorzuheben. Sie wird von den Römern als ein selbstständiges, die Forderung begleitendes, und mit ihrer Fortexistenz eng zusammenhängendes, Recht aufgefaßt und mit dem Namen actio bezeichnet.

Die Entstehung der Klagbarkeit des vertragsmäßigen Credits ist bereits besprochen worden. Es ist hier nur eine Bemerkung über die Klagen aus den ältesten römischen Creditverträgen hinzuzufügen. Diese ältesten Klagen hießen condic-

[205]) Vgl. § 1. J. de obl. quasi ex contr. (3. 17.) — — quae sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Die Entziehung der actio oder die Aufhebung ihrer Wirksamkeit durch Einführung einer exceptio waren Mittel zur Schwächung des Credits. Hierher gehörten die Bestimmungen über die Nullität und Rescissibilität der Geschäfte minderjähriger Contrahenten; das SCtum Macedonianum und Vellejanum. Vgl. l. 24. § 1. D. d. minor. (4. 4.): Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt, ne magno incommodo hujus aetatis homines adficiantur nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicetur. L. 1. pr. D. d. SCto. Macedon. (14. 6.) L. 1. D. ad. SCtum Vellejanum. (16. 1.)

Digitized by Google

tiones. Ursprünglich für einzelne bestimmte Geschäfte gegeben, sind sie später durch die römische Jurisprudenz zu einer allgemeinen Theorie entwickelt. Der Name hat einen ganz zufälligen Grund und läßt daher keinen Schluß auf das Wesen derselben zu. Condictio, sagt Festus[206]), in diem certum ejus rei, quae agitur, denunciatio; condicere, sagt Justinian in seinen Institutionen: est denunciare prisca lingua[207]). Die Klage aus dem alten Gelddarlehen hieß **condictio certi**; sie ward natürlich ausgedehnt auf die Creditverträge, die sich aus dem Gelddarlehen entwickelten, — den Litteralcontract und die Stipulation. Daß auch die condictio indebiti als Analogie dieser alten Darlehnsklage aufgefaßt worden, ist bereits oben bemerkt worden[208]). Obgleich das altrömische Darlehen seinen ursprünglichen Charakter allmählig verlor, erhielt sich doch der altrömische Name und Character der Darlehensklage. Die condictio, mit welcher aus dem ältesten römischen Creditkauf die res mancipata zurückgefordert wurde, hieß condictio **causa data causa non secuta.** Sie wurde später, wie bereits angedeutet worden, für das Kaufgeschäft unpractisch; allein sie gab Veranlassung zur Entwicklung des allgemeinen Princips: daß wer eine Sache um eines künftigen Erfolges willen gegeben habe, diese zurückfordern könne, und blieb so von practischer Bedeutung für diese Fälle[209]). Die Klage auf remancipatio der res fiduciaria wenn die Bedingung der Remancipation eingetreten war, hieß **condictio sine causa.** Als aus diesem Geschäft eine eigne

---

206) Festus v. condictio.

207) § 15. J. d. act. (4. 6.)

208) Vgl. oben S. 35.

209) Puchta, Pand. § 308.

Digitized by Google

actio fiduciae[210]) eingeführt wurde mit wesentlich verschiedenem Character, ward auch sie für die fiducia unpractisch; aber auch sie gab Veranlassung zur Entwicklung des allgemeinen Princips: daß Jeder verpflichtet sei, das, was er aus dem Vermögen eines Andern ohne materiellen Grund in seinem Vermögen habe, herauszugeben, — und blieb so von practischer Bedeutung für diese Fälle[211]). Die Entwicklung dieser allgemeinen Principien für die condictiones ist eine Folge der Civilisation und gehört dem jus gentium an[212]), während die ursprünglichen speciellen Geschäfte, für welche zuerst die condictiones eingeführt wurden, zum jus civile gerechnet werden. Indebiti soluti condictio naturalis est[213]); quod ob rem datam, ex bono et aequo habet repetitionem, sagt Paulus[214]). Jure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possident, heißt es bei Marcian[215]). Mit den alten condictiones konnte nach den Worten des Zwölftafelgesetzes: uti lingua nuncupassit ita jus esto, nur gefordert werden, was ausdrücklich in der nuncupatio gesagt war. Der Gegenstand dieser Klagen war also von vornherein und blieb ein unveränderliches certum. So konnte mit der condictio certi aus dem Darlehen keine Verzugszinsen geltend gemacht werden. Dies fiel weg für die condictiones ex jure gentium, — und damit entstand die Unterscheidung: condictio certi und incerti[216]).

---

[210]) Gaj. IV. § 62.

[211]) Puchta, Pand. § 312.

[212]) Heft I. S. 6. Note

[213]) L. 15. pr. D. d. condict. indeb. (12. 6.)

[214]) l. 65. § 4. D. eod.

[215]) L. 25. in f. D. d. act. rer. amotar. (25. 2.)

[216]) Schilling a. a. O. § 104. Note t.

Digitized by Google

Die Römer haben dem einseitig gegebenen Credit nur ganz allmählig und für einzelne Fälle einen Schutz durch Klage verliehen. Zunächst wurde eine actio gegeben auf Ersatz der Impensen, welche Jemand zur Erhaltung oder Werthserhöhung [217]) einer ihm aus irgend einem Grunde creditirten Sache gemacht hatte; ferner eine actio auf Ersatz von Auslagen, welche Jemand zur Ausrichtung eines übernommenen Auftrages oder zur Erfüllung der Pflichten eines ihm übertragenen Amts aufgewendet hatte. Sie hießen actiones contrariae [218]), weil durch sie der Gegen-Anspruch eines Schuldners geltend gemacht wurde. So entstanden denn actiones depositi, commodati, pignoratitia, mandati, tutelae contrariae. Endlich stellte das prätorische Edict den allgemeinen Grundsatz auf: Si quis negotia alterius gesserit, judicium eo nomine dabo [219]). Dadurch wurde dem einseitigen Credit der allgemeine Schutz verliehen ohne Rücksicht auf ein bereits bestehendes obligatorisches Verhältniß. Dieses Edict absorbirte alle bisherigen Einzelfälle. Wenn dennoch die Römer daneben jene Einzelfälle als besondere Rechtsinstitute festhalten: so hat dies wieder in ihrem eigenthümlichen Conservatismus seinen Grund. In Wahrheit gab es seit Einführung der actio negotiorum gestorum keine actio depositi, commodati u. s. w. contraria mehr. Es ist daher nicht abzusehen, weshalb unsere Rechtslehrer in den Lehrbüchern des Civilrechts jene Einzelfälle noch immer mit be-

---

[217]) Impensae necessariae und utiles. Sie fallen unter den gemeinschaftlichen Begriff: productiver Aufwand. Den Gegensatz bilden die impensae voluptuariae, d. h. unproductiver Aufwand oder Luxus. Tit D. d. impensis in res dot. factis. (25. 1.)

[218]) Puchta, Pand. § 319. ff.

[219]) L. 3. pr. D. d. negot. gestis. (3. 5.)

Digitized by Google

sonderem Namen figuriren lassen. Sie bringen dadurch angehende Juristen nur auf den Irrthum, als ob eine actio depositi contraria auf Ersatz der Impensen noch andere Voraussetzungen habe, wie die actio negotiorum gestorum. Von diesem einseitigen Credit ist indessen wohl zu unterscheiden der Fall, wo Jemand, ohne zu creditiren, einseitig Werthe auf fremde, in seinem Besitz befindliche Sachen verwendet. Hier geben die Römer nicht einmal dem bonae fidei possessor eine Klage auf Ersatz der Impensen[220]).

Einseitig creditirt wird auch demjenigen, mit dessen Stellvertreter man ein Creditgeschäft schließt, indem man den Werth, den man weggiebt, nicht dem Stellvertreter, sondern dem Principal creditiren will. Die Klage Dritter gegen den, mit dessen Stellvertreter sie Creditverträge geschlossen haben, ist daher ebenfalls Schutz des einseitig gegebenen Credits. Auch dieser Schutz beschränkte sich bei den Römern anfangs auf Einzelfälle, bis man auch hier allmählig bis zu einem allgemeinen Princip vordrang.

Die Römer gaben zunächst aus Creditgeschäften, welche der servus oder filius familias, — jussu domini oder parentis schloß, dem dritten Contrahenten eine Klage gegen den Herrn oder Inhaber der patria potestas. Die Klage hieß actio quod jussu. Dann gab man weiter eine Klage aus Creditgeschäften, welche der Sclave oder filius als institor[221]) oder magister navis seiner ihm ertheilten Procura gemäß abschloß, gegen den dominus oder parens. Die Klage hieß im ersten Fall actio institoria, im letzten Falle actio exercitoria. Weiter gab man im Fall eines peculii, allen Peculiar-Gläubigern eine Klage gegen den Herrn des pe-

220) Puchta, Pand. § 171.
221) Vgl. oben S. 13. 36.

Digitized by Google

culium. Die Klage hieß actio de peculio[222]), in dem Fall, wo mit dem peculium ein Handelsgeschäft betrieben wird: actio tributoria. Für alle actiones de peculio oder tributoriae blieb lediglich das peculium das alleinige Executionsobject. Endlich gab man auch da, wo der servus oder filius familias ohne Auftrag ein Creditgeschäft geschlossen hatte, eine Klage gegen den dominus oder parens, wenn durch das Geschäft irgend ein Werth in das Vermögen desselben gekommen war. Die Klage hieß: actio de in rem verso. Die Bezeichnungen: quod jussu, institoria, exercitoria, de peculio, tributoria, de in rem verso waren Zusätze zu dem Namen der actio, welche aus dem geschlossenen Credit-Geschäft entsprang, und daher hießen sie actiones adjectitiae qualitatis[223]). Als freie Menschen anfingen, für Geld die Arbeit der Sclaven zu verrichten, nahm man auch diese zu institores und magistri navis, und dehnte dann die actio institoriâ und exercitoria auf die Fälle aus, wo ein freier Institor oder magister navis contrahirte[224]). Dann gab man nach Analogie der actio institoria aus Contracten des einfachen Mandatars die actio quasi institoria gegen den Mandanten[225]). Die Ratihabition wurde dem Auftrage gleichgeachtet[226]) und in dem Institut der negotiorum gestio der präsumptive Wille des dominus negotii dem wirklichen gleichbehandelt[227]). Als Justinianeisches Recht stellen sich daher folgende einfachen Sätze heraus. Wenn Jemand für einen Andern mit einem Dritten einen Creditver-

---

222) Vgl. oben S. 48.

223) Siehe Puchta. Pand. § 277.

224) Puchta, Pand. § 275.

225) Puchta, Pand. § 279.

226) Puchta, Pand. § 51. Note c.

227) Ut enim eventum non spectemus, debet utiliter esse coeptum. L. 10. D. d. negot. gestis. (3. 5.)

Digitized by Google

trag geschlossen hat, so haftet der, für den das Geschäft geschlossen ist:

1) wenn es mit seinem (ausdrücklich oder stillschweigend erklärten) Willen geschlossen ist. Der Wille kann ausdrücklich oder stillschweigend beschränkt sein. Daher tritt im Fall eines peculium eine Haftung nur peculio tenus ein. Der Wille kann

a. ein voraufgehender (Befehl, Auftrag) sein,

b. ein nachfolgender (Ratihabition).

2) wenn das Geschäft ohne seinen Willen, aber unter Umständen geschlossen ist, die seine Einwilligung präsumiren lassen.

Es ist daher nicht zu billigen, wenn unsere Rechtslehrer, anstatt diese einfachen Principien klar zu entwickeln und ihre Richtigkeit im Einzelnen nachzuweisen, den ganzen Römischen Apparat der actiones adjectitiae qualitatis vortragen und Dinge, welche nur als einzelne Spuren der Rechtsentwicklung zu betrachten sind, als wichtige Dogmen hinstellen.

Mit dem Begriff des Credits entsteht der Begriff der Zahlung. Nectere und solvere, — nexum und solutio, sind correlate Begriffe. Die Zahlung beschränkte sich ursprünglich auf das Gelddarlehen, weil es einen andern obligatorischen Vertrag nicht gab; daher denn auch der Ausdruck solvere, der in seiner eigentlichen und ursprünglichen Bedeutung dem nectere entspricht. Späterhin ist er für die Erfüllung anderer Verträge beibehalten worden, und hat endlich die allgemeine Bedeutung „zahlen" erhalten. Das Geschäft der solutio war anfangs ein feierlicher Act, wie die mancipatio[228]), und fand direct

[228]) Gaj. III. § 174. Die Stelle ist defect: Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens. Deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: Quod ego tibi tot millibus eo nomine....

Digitized by Google

zwischen Schuldner und Gläubiger statt. Allmählig rief aber die wachsende Lebendigkeit des Verkehrs die indirecte Zahlung hervor und man gelangte nach und nach dahin, den Schuldner für liberirt anzusehen, sobald der geschuldete Werth aufirgend einem Wege vom Schuldner in das Vermögen des Gläubigers gekommen war. In perpetuum, sagt Paulus, quoties id, quod tibi debeam, ad te pervenit, et tibi nihil absit, nec quod solutum est, repeti possit, competit liberatio[229]).

Die Schwerfälligkeit des alten Kupfergeldes machte schon den Transport einer nur mäßigen Summe Geldes sehr lästig und man wurde daher sehr früh auf die Idee geführt, statt der Zahlung den eignen Schuldner zu überweisen, — debitorem delegare[230]). Die Ausführung dieser Idee war indessen nicht ohne Schwierigkeit. Das nexum war nach der Vorstellung der alten Römer ein höchst persönliches Rechtsverhältniß, dessen Auflösung (solutio im ursprünglichen Sinn) feierlich zwischen denselben Personen geschehen mußte, zwischen denen es geschlossen war. Diese Auffassung war natürlich, weil sich der Darlehensschuldner nicht sowohl zur Rückzahlung der empfangenen Summe, als vielmehr zur bedingten Schuldknechtschaft verpflichtete. Dies erhellt unzweifelhaft aus den Worten Varro's: Liber, qui suas operas

---

solvo liberoque hoc aere aeneaque libra hanc tibi libram primam postremam... Deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur.

[229]) L. 61. D. d. solut. (46. 3.) Wir haben in jener Stelle des Gajus und in diesem Ausspruche des Paulus den Anfang und das Ende der geschichtlichen Entwicklung der solutio.

[230]) Der Ausdruck ist ursprünglich ganz wörtlich zu nehmen. Man schickte seinen Schuldner (delegabat debitorem) zum Gläubiger, bei welchem er eintreten sollte.

Digitized by Google

in servitutem pro pecunia, quam debebat, dat, dum solveret, nexus vocatur[231]). Aus diesem Grunde war es unmöglich, daß ein Schuldner sich durch Substitution seines Schuldners vom Schuldnexus frei machen konnte. Der Verkehr verfiel auf einen Ausweg, den wir bereits öfter erwähnt haben. Man nahm sowohl beim nexum, wie bei der solutio, die Form des Geschäfts: aes, libra und solennia verba für das Wesen desselben und bewerkstelligte die Delegation dadurch, daß der aus dem nexum austretende Schuldner dem Gläubiger bloß eine formelle[232]) Zahlung machte und der eintretende Schuldner mit dem Gläubiger ein bloß formelles Darlehen durch eine Scheinmünze contrahirte; die Delegation wurde also ursprünglich durch imaginäre solutio und imaginäres nexum bewerkstelligt. Dazu war der altrömische Verkehr ganz geeignet, indem an den nundinis die zu dem Geschäft nöthigen Personen regelmäßig persönlich am Platz waren. Wenn das Geschäft häufiger vorkam, ward es unumgänglich nothwendig, über solche Delegationen ein Buch zu führen. Dies ist der Codex accepti et expensi. Unter der Rubrik „Accepta" quittirte man die durch Delegation erloschene Schuld und notirte unter der Rubrik „Expensa" den debitor delegatus. Dies hieß für den austretenden Schuldner: ei acceptum ferre, für den eintretenden Schuldner (den debitor delegatus) ei expensum ferre[233]). Daraus entwickelten sich die technischen Ausdrücke: Acceptilatio und Expensilatio. Diese Umschreibung

---

[231]) Vgl. v. Savigny, Vermischte Schriften. Bd. 2. S. 415.

[232]) Gaj. loc. cit. Vgl. § 173 ibid.: Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram. Quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum est.

[233]) Gaj. III. § 129. 130.

Digitized by Google

(transcriptio)[234]) war also ein Act des Gläubigers, der juristisch ohne Bedeutung war: — das liberirende Moment für den austretenden Schuldner bestand in der voraufgehenden imaginaria solutio und das obligirende Moment für den eintretenden Schuldner in der voraufgehenden imaginaria expensio. Bei diesen imaginären Geschäften wurden quinque testes, puberes cives Romani zugezogen[235]); statt deren fing man nach und nach an, sich der Schrift zu bedienen. Diese Urkunden enthielten die Bescheinigung über die transcriptio im Codex accepti et expensi, worin denn zugleich die Bescheinigung der voraufgegangenen imaginären Zahlung und des imaginären Darlehens lag.

Seit der Lex Poetelia ließ man jene formellen, symbolischen Geschäfte ganz weg, und begnügte sich mit der bloßen Umschreibung im Codex und der Urkunde über diesen Act. Expensum tibi tuli? expensum mihi tulisti, hieß es in der Scriptur[236]). Die Klage aus dieser Scriptur war die Darlehnsklage: condictio certi, und weil es gegen diese in alter Zeit keine Einreden (exceptiones) gab, so lag in der Scriptur eine wirkliche **litterarum** obligatio. Weil die Unterzeichnung der Namen, nomina, das Wesentliche war, so sagte man anstatt obligatio litteris fit, sehr gewöhnlich obligatio nominibus fit. So Justinian: Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur[237]). Für solche Urkunden gab es auch Formulare, die dann bloß unterzeichnet wurden. Dies will Cicero mit den Worten: nominibus et

---

[234]) Gaj. III. § 128.

[235]) Vgl. oben Note 228.

[236]) Theophilus ad § un. J. d. litt. obl. Siehe unten S. 79 Note 248.

[237]) pr. J. d. litt. obl. (3. 21.)

Digitized by Google

perscriptionibus [238]) sagen. Sich litteris verpflichten hieß auch nomen facere [239]). Die Urkunde selbst wurde nomen genannt, und so endlich eine abstracte Schuldforderung und die in den Codex eingetragenen Pöste mit diesem Ausdruck bezeichnet. Diese Urkunden, nomina, bildeten die Belege (adversaria) zu dem Codex: Cur, sagt Cicero [240]), tam diu jacet hoc nomen in adversariis? in codicem referri debuit. — Das imaginäre Darlehen wurde, wie wir früher bemerkten, auch benutzt, um einen klaglosen Anspruch klagbar, ein auf bloße bona fides verstelltes pactum fest und sicher zu machen [241]). Dafür bildete sich der Ausdruck stipulatio. Alles aus einer Darlehensobligation geschuldete Geld war daher nothwendig entweder pecunia data oder expensa lata oder stipulata [242]). Neben der schriftlichen Delegation kam auch die mündliche vor. Man nannte auch hier die imaginaria solutio, wenn sie gleich

---

[238]) Cic. ad Att. 4. 18. Perscriptio ist der Gegensatz von subscriptio einer bereits vorliegenden Urkunde.

[239]) Cic. de offic. III. 14. Der Ausdruck: nomen facere aliquo codicis loco heißt einen Posten an einer bestimmten Stelle im Buch eintragen. Cic. in Verr. lib. 1. Cap. 36. Deinde in codicis extrema cera nomen infimum in flagitiosa litura facit. v. Savigny überfieht, daß nomen facere nicht immer Dasselbe bezeichnet.

[240]) Cic. pro Rosc. Com. c. 3. Diese Stelle beweist ganz evident, daß nomen die Urkunde bezeichnet. Auch aus cit. pr. J. d. litt. obl. geht klar hervor, daß nomen identisch mit scriptura gebraucht wurde: scriptura fieri = nominibus fieri. Wie Keller den Ausdruck „adversaria", in welchem offenbar der Begriff der „Controle" ausgedrückt liegt, durch „Journal" hat überfetzen können, ist schwer zu begreifen.

[241]) Heft II. S. 35.

[242]) Cic. pro Roscio Com. c. 5. Pecunia petita est certa... haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit. Datam non esse Fannius confitetur; expensam latam non esse, codices Fannii confirmant, stipulatam non esse taciturnitas testium concedit.

Digitized by Google

nicht im Codex notirt wurde, acceptilatio[243]). Das Wort ist also hier in übertragener Bedeutung gebraucht. So entsprechen sich einmal: acceptilatio und expensilatio; ferner acceptilatio und stipulatio. Bei dem letzteren Geschäft blieben von der ganzen weitläuftigen Form der imaginären solutio und des imaginären Darlehens nur die correspondirenden Fragen und Antworten: Habesne acceptum? habeo (Acceptilation) und spondesne dare? spondeo (Stipulation) übrig.

Als nach und nach die actiones bonae fidei entstanden aus Kauf, Miethe, societas u. s. w., fanden auch rücksichtlich dieser Delegationen statt und dies war bei zunehmendem Verkehr der gewöhnliche Fall, weshalb Gajus grade solche Fälle als Beispiele von Transcriptionen nennt[244]). Wurde das Geschäft hier mündlich vorgenommen, so fand statt der formellen Acceptilation ein formloses pactum de non petendo[245]) statt, und als man später die stillschweigende Meinung der Contrahenten anfing zu berücksichtigen, genügte der bloße animus novandi[246]).

Der Gläubiger aus einer obligatio bonae fidei bekam durch die Delegation statt der actio bonae fidei ein actio stricti

---

[243]) Gaj. III. § 169.

[244]) Gaj. III. § 128.

[245]) Vgl. Gaj. III. § 169. 170.

[246]) L. 2. D. d. novat. (46. 2.) — sciamus, novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio. Vgl. l. 8. § 5 eod. — si autem non novandi animo hoc intervenit. — Justinian hat verordnet, daß der animus novandi nur dann als vorhanden angenommen werden solle, wenn dies expressis verbis erklärt sei. Wenn dies nicht der Fall sei, — anteriora stare, posteriora incrementum iliis accedere. L. ult. C. d. novat. (8. 42.) Eine sehr weise Bestimmung, um den, in concreto sehr häufig vorkommenden, Streitereien über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des animus novandi, d. h. über die Frage: ob das alte Schuldverhältniß als erloschen zu betrachten sei oder nicht? ein Ende zu machen.

Digitized by Google

juris. Man fing an, sich der litterarum obligatio zu bedienen, um gegen einen und denselben Schuldner statt der actio bonae fidei ein actio stricti juris zu bekommen. Seitdem unterschied man transcriptio a persona in personam, wodurch man die Delegation bezeichnete, und a re in personam[247]). Statt der litterarum obligatio gebrauchte man aber auch hier die Stipulation.

Der alte Litteralcontract mit seiner weitläuftigen, schleppenden[248]) Form mußte bei der wachsenden Lebendigkeit des Verkehrs ganz unpractisch werden.

Der erste, naturgemäße Act der Fortentwicklung war, daß man die Urkunde wegließ und sich mit der bloßen transcriptio im Codex begnügte. Wir besitzen unzweifelhafte Documente, aus denen hervorgeht, daß es eine Zeit in Rom gab, wo die Entstehung einer litterarum obligatio, die Aufsetzung einer besondern Urkunde nicht erforderte[249]). Die Garantie des

---

[247]) Nur an die Fälle dieser Novation unter denselben Subjecten ist gedacht worden, wenn es Heft II. S. 33 Note 88 hieß: „Die Rubrik „Accepta" enthält alle durch Novation getilgten actiones bonae fidei, die Rubrik „Expensa" alle an deren Stelle entstandenen actiones stricti juris.

[248]) Theophilus loc. cit.: Litterarum obligatio est veteris nominis in novum creditum per solennia verba et solennes litteras transformatio. Nam si quis mihi centum aureos deberet ex emtione aut cet., vellem autem eum litteris mihi obligare, necesse erat solennia quaedam verba invicem dicere et scribere. Sunt autem haec verba, quae dicebantur et scribebantur: Centum aureos, quos mihi ex causa locationis debes, expensos tibi tuli. Deinde adscribebantur, ut ab eo, qui jam ex locatione obligatus esset, haec verba: Expensos mihi tulisti. Et prior obligatio exstinguebatur, nova autem nascebatur, quae litterarum obligatio dicebatur, quia litteris fiebat. Sed hodie haec in usu non sunt.

[249]) Gaj. III. § 128: Sed absenti expensum ferri potest, etsi verbis obligatio eum absente contrahi non potest. Expensa ferri sibi passus est. Valer. Max. 8. 22: v. Savigny, Vermischte Schriften. Bd. I.

Digitized by Google

Publicums gegenüber dem Codex bestand ohne Zweifel darin, daß jeder civis einen solchen Codex führte, und daß bei Transcriptionen alle betheiligten Personen in ihren resp. codices das Geschäft notirten. Durch die Correlation der codices unter einander wurde man gegen Betrug gesichert. Als der wirthschaftliche Sinn, welcher den Römer der alten Zeit characterisirt, sich allmählig verlor und die Führung der codices aufhörte, eine allgemeine Sitte zu sein, verschwand natürlich jene Garantie und damit die litterarum obligatio. Eine Spur des alten Codex finden wir noch in den Büchern der argentarii, und man kann die publica fides, welche diese Bücher hatten, als einen Rest der alten litterarum obligatio ansehen[250]). Der Verkehr fand in der schriftlichen Stipulation, — cautio[251]) einen hinreichenden Ersatz.

Aus demselben Grunde, aus welchem man anfangs keinen Schuldner für sich substituiren konnte, konnte man auch nicht eine Schuld durch Compensation einer Gegenforderung tilgen. Erst als man in dem Gegenstande der obligatio lediglich einen abstracten Werth sah, als man zu der Ansicht gelangte, daß die Schuld getilgt sei, wenn dieser Werth sich im Vermögen des Gläubigers befinde[252]), als man erkannte, daß dies auch dann der Fall sei, wenn man an

---

S. 231. 232. Der Streit über das Wesen der litterarum obligatio scheint uns darauf zu beruhen, daß man zwei wesentliche Momente nicht berücksichtigt: — man übersieht einmal, daß die litterarum obligatio das Resultat einer historischen Entwicklung ist, und zweitens, daß die litterarum obligatio von ihrem Anfange bis zu ihrem Untergang ihre eigne Geschichte hat. Merkwürdig ist, daß der Begründer der historischen Schule und deren Anhänger dies übersehen haben.

250) Vgl. oben S. 32.

251) v. Savigny a. a. O. S. 234.

252) cit. L. 61. D. d. solut. (46. 3.)

Digitized by Google

den Gläubiger des Gläubigers zahlte[253]), als man einsah, daß dieselbe Wirkung eintreten müsse, wenn man an sich selbst zahlte[254]), wo man Gläubiger seines Gläubigers war, — kam man zu dem Satz: daß es dem Schuldner freistehen müsse, eine Gegenforderung an Zahlungsstatt zu benutzen. Indessen blieb gegen actiones stricti juris die Compensation noch lange ausgeschlossen, während der Judex bei der Verhandlung der actiones bonae fidei die vom Beklagten geltend gemachten Gegenforderungen ex officio berücksichtigte. Erst ein Rescript vom Kaiser Marcus gab gegen actiones stricti juris dem Beklagten wegen seiner Gegenforderungen ein exceptio doli, — gestützt auf den Satz: dolo facit, qui petit, quod redditurus est[255]). Justinian endlich ging noch weiter, indem er den Gläubiger durch die bloße Existenz einer Gegenforderung von demselben Betrage für befriedigt erklärte. Er selbst giebt in seinen Institutionen[256]) diesen Entwicklungsgang mit folgenden Worten an: In bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in strictis judiciis ex rescripto D. Marci opposita **doli mali exceptione** compensatio indu-

---

[253]) L. 8. D. d. doli mali exc. (44. 4.) Vgl. l. 44. § 4. l. 58. pr. D. d. solut. (46. 3.) l. 11. § 4. D. d. piqu. act. (13. 7.) Puchta Pand. § 288.

[254]) Ueber das „an sich selbst zahlen" siehe u. A. l. 35 § 1. D. d. negot. gest. (3. 5.): — nec fuerit, quod sibi possit exsolvere. Vgl. l. 38. pr. eod. — a semet ipso exigere.

[255]) L. 173. § 3. D. d. R. J. (50. 17.)

[256]) § 30. J. d. act. (4. 6.)

Digitized by Google

cebatur. Sed nostra constitutio[257]) eas compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant[258]). So richtig dieser letzte Schritt Justinians in der Entwicklung der Compensation ist, so klar und unzweideutig seine Worte sind, so haben sich die Meisten unserer Rechtslehrer dennoch — man kann wirklich sagen — nicht entblödet, den Sinn dieser Verordnung zu verdrehen. Aber freilich, — es war dies das einzige Mittel, um diese Justinianische Constitution mit einzelnen Stellen, die ihrem Ursprung nach der vorjustinianischen Zeit angehören[259]), „in Einklang" zu bringen. Da sich der Widerspruch nicht durch Auslegung beseitigen ließ, mußte man ihn durch Hineinlegung beseitigen[260]).

Als man anfing, die res debita lediglich als abstracten Werth aufzufassen, condemnirte der Richter den Schuldner nur in den geschuldeten Werth, d. h. in eine Summe Geldes, die res debita mochte eine Form haben, welche sie wollte[261]). Allein diese Maxime, welche offenbar große Inconvenienzen für den Gläubiger erzeugen konnte, wurde wieder aufgegeben. Zunächst ließ man in den Fällen, wo nach der Intention der Contrahenten der creditirte Gegenstand in specie restituirt werden sollte, der Condemnation in den Werth eine gütliche Aufforderung — arbitrium voraufgehen, rem ipsam her-

---

[257]) L. ult. C. d. compens. (4. 31.)

[258]) Eine Vorbereitung dieser Verordnung lag schon in dem Rescript von Alexander in L. 4. C. eod. Was hier schon als materielles Recht erscheint, hat durch Justinian bloß die formelle Sanction erhalten.

[259]) z. B.: Sic erit arbitrii ejus, utrum compensare, an petere velit sumptus. Ulp. in l. 1. § 4. D. d. contr. tut. act. (27. 4.)

[260]) Vgl. v. Vangerow, Leitfaden. Bd. 3. S. 351 ff.

[261]) Gaj. IV. § 48.

Digitized by Google

auszugeben, und erst, wenn diesem arbitrium nicht Folge geleistet wurde, — im Fall der contumacia, trat die Condemnation auf den Werth ein. Obgleich der Schuldner die Wahl hatte, dem arbitrium judicis zu gehorchen oder es auf die Condemnation ankommen zu lassen, so lag doch ein bedeutender psychischer Zwang vor, das Erstere zu wählen. Denn die contumacia hatte die Folge, daß der Creditor den Werth selbst eidlich schätzte und der Richter verurtheilte „in quantum juraverit actor“ [262]). Späterhin erfolgte eine weitere Modification dahin, daß in allen Fällen die Verpflichtung zunächst auf die res ipsa ging [263]), und erst dann, wenn der Gegenstand selbst nicht geleistet werden konnte, der Werth an die Stelle trat.

Durch die Klagbarkeit der Creditverträge erweitert sich der Begriff des Vermögens. Die vom Staat garantirte Möglichkeit, einen geschuldeten Werth zu erlangen, bekam selbst Werth im Verkehr, und es entsteht neben der res vendita die actio vendita [264]). Daher wird die actio als eine species der juristischen Vermögensbestandtheile, bona civilia, aufgeführt [265]). Dies entwickelt sich aber erst ganz allmählig. Denn, wie wir bereits auseinandergesetzt haben, die alten Römer hatten ursprünglich eine Anschauung vom obligatorischen Verhältniß, welche ihnen die Uebertragung einer Schuldforderung als eine Ungereimtheit erscheinen ließ [266]). Allein das practische Bedürfniß verlangte die Möglichkeit einer solchen Ueber-

---

[262]) Tit. D. d. in lit. jurando. (12. 3.)

[263]) Mit Ausnahme der obligationes faciendi. L. 13. § 1. D. d. re jud. (42. 1.)

[264]) Tit. Dig. 18. 4. Cod. 4. 39: de hereditate vel actione vendita.

[265]) Ulp. in l. 49. D. d. V. S. (50. 16.) Vgl. Heft I. S. 15.

[266]) Vgl. oben S. 74. 75.

Digitized by Google

tragung; die Delegation genügte nicht, da sie wesentlich die Einwilligung des debitor delegatus voraussetzte; der Verkehr verlangte eine Uebertragbarkeit der Forderung, welche vom Willen des Schuldners unabhängig wäre. Da die Legislation dem Bedürfnisse nicht abhalf, so ward der Verkehr auch hier wiederum genöthigt, sich selbst zu helfen. Die Cession der Forderung ward auf folgende Weise bewerkstelligt. Man bevollmächtigte den, auf welchen man die Forderung übertragen wollte, als procurator ad agendum, und machte daneben mit ihm aus, daß er das Eingeklagte für sich behalten solle; man machte ihn — wie man sich ausdrückte — zum procurator in rem suam[267]). Der Verkehr verlor allmählig diese juristische Gestalt der Sache aus den Augen, aber die Römischen Juristen hielten sie mit ihrer bekannten Hartnäckigkeit fest, und sie ging in die Justinianische Compilation über. Was bei den Römern bloßer Nothbehelf war, trägt auch hier die heutige Theorie wiederum als Dogma vor und faßt noch heut zu Tage den Cessionar als Procurator des Cedenten auf. Sie behauptet also, daß das, was die Römer selbst als bloßes Mohen ansahen, in unser Deutsches Volksbewußtsein eingedrungen sei. Wir müssen dies bestreiten. Das Deutsche Volk sieht in der Forderung ein Gut, das durch bloße Willenserklärung übertragen werden kann und hat, mit Ausnahme pedantischer Romanisten und deren Nachbeter, nicht die geringste Ahnung davon, daß die Cession nur dadurch mög-

---

[267]) Gaj. II. § 38. 39. Nam quod mihi ab alio debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur, et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus, experiri.

Digitized by Google

lich werde, daß man den Cessionar als procurator in rem suam auffasse.

Der Preis des ideellen Guts, das man Forderung nennt, hängt ab von der Meinung, welche der Käufer von der Solvenz des Schuldners hat, d. h. von dem Credit, den der Schuldner beim Käufer der Forderung genießt. So kann ein sehr verschiedener Preis für eine Forderung geboten werden, grade, wie sich der Preis eines andern Guts verschieden gestalten kann durch die verschiedene Meinung, welche der Käufer von der Brauchbarkeit des Guts hat. Es wird aber niemals der Käufer den vollen Betrag der Forderung zahlen können, auch wenn er von der Solvenz des Schuldners fest überzeugt ist und an der Realisirung der Forderung überall nicht zweifelt. Vor Allem gilt dies von Forderungen, welche erst später fällig werden. Der Käufer würde von der Zahlung des Preises bis zur Realisirung der Forderung die Nutzung dieses Werths entbehren. Er muß sich also zunächst diese Zinsen, von den Römern interusurium genannt, berechnen und vom Kaufpreise abziehen. Ferner ist die Erhebung der Forderung stets mit einiger, oft mit vieler Mühe verbunden. Außerdem leistet der Käufer dem Verkäufer einen Dienst und dieser muß billigerweise bezahlt werden. Der Kaufpreis mindert sich daher weiter um den Betrag dieser Vergütung. Endlich übernimmt der Käufer stets einige, oft eine große Gefahr und dafür berechnet er sich eine kleinere oder größere Assecuranz-Prämie. Der Käufer einer Forderung beansprucht also mit vollem Rechte: 1) für den Zinsenverlust bis zur wirklichen Erhebung der Forderung vom Schuldner das Interusurium, Disconto; 2) eine Provision für die Umsetzung eines nicht tauschfähigen Werths in einen tauschfähigen; 3) eine Assecuranz-Prämie für die

Digitized by Google

Gefahr, die er läuft. Um alle diese Beträge muß also der Kaufpreis geringer sein, wie der Betrag dieser Schuld. Die Aussicht auf jenen dreifachen Gewinn hat das Ankaufen von Forderungen zu einem besonderen Industrie-Zweige gemacht. Das Geschäft heißt: Disconto-Geschäft, wenn die gekaufte Forderung erst später fällig wird. Wer gewerbmäßig Forderungen discontirt, heißt Banquier und eine (vom Staat genehmigte) Vereinigung Mehrerer zu diesem Zweck nennt man eine Disconto-Bank.

Die Römer haben sehr wohl eingesehen: minus esse actionem habere, quam rem [268]). Dennoch erließ der Kaiser Anastasius [269]) ein Gesetz, welches festsetzte, daß beim Kauf einer Forderung der Schuldner an den Käufer nur das wirkliche gezahlte Kaufpretium zu geben brauche, mithin die Intention hatte, daß Forderungen nur für ihren wirklichen Betrag gekauft werden sollten. Die Widersinnigkeit dieser, im Uebrigen gut gemeinten, Lex Anastasiana [270]) erhellt schon aus dem vorher Gesagten; es kommt aber noch Folgendes hinzu. Wer eine sichere Forderung für weniger verkauft, als ihr Betrag ist, der befindet sich in der Lage, daß der Verlust, den er durch den Verkauf der Forderung erleidet, geringer ist, wie der, den er erleiden würde, wenn er die Forderung gar

---

[268]) L. 204. D. d. R. J. (50. 17.)

[269]) Aehnlich wie Diocletian bestimmte, daß der Kauf einer Sache für weniger als die Hälfte des Werths anfechtbar sei. L. 2. C. d. rerr. vend. (4. 19.) Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venumdatum recipias auctoritate judicis intercedente, vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio, recipias. Minus autem pretium esse videtur si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

[270]) L. 22. C. Mandati. (4. 35.)

Digitized by Google

nicht in Geld umsetzen könnte. Und in diesen Nachtheil setzt ihn grade die Lex Anastasiana [271]). Ueberdies gilt der nationalökonomische Satz, daß alle Eingriffe der Gesetzgebung in den freien Gang des Verkehrs nur der öffentlichen Wohlfahrt schaden, und daß dies besonders für die Bestimmungen von Maxima und Minima des Preises von Gütern jeder Art gilt. Die Lex Anastasiana ist mithin aus denselben Gründen zu mißbilligen, wie die Verordnung Diocletians über die laesio enormis und wir bezweifeln sehr, daß diese beiden Bestimmungen des römischen Rechts in das Deutsche Volksbewußtsein eingedrungen sind [272]).

Es scheint, als könne man beim Verkauf von Forderungen nicht in gleicher Weise, wie dies beim Verkauf von Sachen möglich ist, zwischen Preis und Marktwerth [273]) unterscheiden, da die Forderung einen individuellen Character hat, während der Begriff des Marktwerths wesentlich eine Gattung von Gegenständen voraussetzt. Auch für res corporales, welche einzig in ihrer Art sind, z. B. Fragmente der Kunst aus dem Alterthume, giebt es nur einen Preis und nicht auch einen Marktwerth. Allein es ist denkbar und kommt sogar nicht selten vor, daß Jemand ein Darlehen von großem Umfange weggiebt, die Forderung dann in eine Menge kleinerer Forderungen zertheilt, weil er für die ganze Forderung nicht leicht einen Käufer finden würde, und nun die einzelnen kleinen

---

[271]) Man sieht an diesem Gesetz, wie an dem citirten Rescript Diocletians und den Wuchergesetzen, daß das Gefühl der Humanität den Gesetzgeber zu falschen Maßregeln leiten kann, und daß es nicht immer gerathen ist, Grundsätze der Humanität zu Rechtssätzen zu erheben.

[272]) Es ist zu wünschen, daß die Lex Anastasiana und die Bestimmungen über laesio enormis aufgehoben werden.

[273]) Heft I. S. 16.

Digitized by Google

Forderungen an verschiedene Personen verkauft. So entsteht eine Gattung von Forderungen, deren Gebiet sich durch die Gemeinschaftlichkeit des Gläubigers, des Schuldners, der causa debendi und der Zeit der Entstehung bestimmt. Ferner erzeugt die Eigenthümlichkeit der Actiengesellschaften, daß jeder Actionair beliebig einen Andern als socius für sich substituiren kann, für jede Actiengesellschaft eine Gattung von Forderungen. Auch wer eine Menge von Marken, als Stellvertretungszeichen des Geldes, in Umlauf gesetzt, erzeugt ein genus an Forderungen. Hierher gehört der Wechsel; der Ort der Zahlbarkeit der Wechsel erzeugt wieder besondere Arten von Forderungen. Auf diese Weise können Forderungen zur Waare werden und folgeweise einen Preis und einen Marktwerth haben. Der letztere heißt Curs und bildet sich nach demselben Gesetz, wie der Marktwerth aller sonstigen Güter. Sobald Forderungen zur Waare werden, kann auch ein Handel mit Forderungen entstehen. Dann spricht man aber nicht vom Handel mit Forderungen, sondern indem man an die Schuldurkunde oder Papiermarke denkt, welche die immaterielle Waare körperlich repräsentirt, — vom Handel mit Papieren. Diese Papiere heißen Creditpapiere. Die Nachfrage nach ihnen kann einen doppelten Grund haben: man speculirt auf das Steigen des Curses und will dann durch Weiterverkauf die Differenz lucriren[274]); oder man will Creditpapiere als Tauschmittel benutzen, wegen ihres leichteren oder bequemeren Transports. Gläubiger und Schuldner können bei der Entstehung der Forderungen, welche ein genus bilden, mit einander ausmachen, daß der Gläubiger eine Anzahl bestimmt geformter Marken empfangen

[274]) Dies ist Speculationshandel mit Forderungen. Vgl. oben S. 12.

Digitized by Google

und jeder Inhaber der Marke zur Eincassirung des auf ihr verzeichneten Werths legitimirt sein soll. Dadurch entsteht der Gegensatz von Papieren auf Namen und Papieren auf Inhaber, au porteur, wenn jene Marke aus Papier besteht. Eine Staatsregierung kann verordnen, daß diese Marken, welche sie ausgiebt, die Stelle des Metallgeldes vertreten sollen und alle Schuldzahlungen gültig in diesen Marken geleistet werden können. Dann hat dieses Papier Zwangscurs und damit entsteht der Begriff des Papiergeldes. Die Römer kennen den Kauf, nicht aber den Handel von Forderungen, d. h. nicht den gewerbsmäßigen Kauf derselben, in der Absicht, sie wiederzuverkaufen; sie kennen nicht den Begriff von Creditpapieren als genus und Waare, noch weniger Papiere au porteur oder Papiergeld.

Druck von Adler's Erben in Rostock.

Digitized by Google

Digitized by Google

Nationalökonomie und Jurisprudenz.

Von

H. Dankwardt,

Advocaten zu Rostock.

Viertes Heft.

VII.

Der Credit. (Fortsetzung.) Consequenzen und Modificationen.

Rostock.

G. B. Leopold's Universitäts-Buchhandlung.
(Ernst Kuhn.)

1859.

Digitized by Google

Sitzt ihr nur immer! Leimt zusammen,
Braut ein Ragout von andrer Schmaus,
Und blas't die kümmerlichen Flammen
Aus eurem Aschenhäuschen 'raus!

Göthe.

Digitized by Google

Man hat an den bisherigen Arbeiten getadelt, daß sie so wenig ausführlich seien. Leider müssen wir auf den hohen Genuß, neue Wahrheiten bis in ihre feinsten Consequenzen zu verfolgen, zur Zeit noch verzichten. Unsere Aufgabe ist nicht, einzelne Rechtsmaterien mit tiefer Gründlichkeit zu behandeln, sondern an möglichst vielen Rechtsmaterien zu zeigen, von welcher Wichtigkeit die Nationalökonomik für das Studium der Jurisprudenz ist. Im Uebrigen glauben wir keine Sünde zu begehen, wenn wir uns auf das beschränken, wozu wir allein befähigt sind, und das unterlassen, was hundert Andere eben so gut thun können, als wir.

Es hat uns mit großer Freude erfüllt, daß endlich auch eine juristische Auctorität von Bedeutung auf unsere Seite getreten ist *). Daß die theoretischen Rechtsgelehrten lange in einem tiefen Schweigen verharren würden, darauf waren wir gefaßt. Denn, um mit den Worten eines Mannes zu reden, der sich in ähnlicher Lage befand, wie wir, — müßte es nicht unerträglich für einen gelehrten Professor sein, wenn

*) Archiv f. pract. Rechtswissenschaft, Bd. 6. Heft 1.

Digitized by Google

er sein vierzigjähriges, aus hartem Griechischen und Lateinischen Felsen herausgearbeitetes Ansehen, das ihm so viel Zeit und Licht gekostet, das durch die allgemein überlieferte Vorstellungsart und einen ehrwürdigen Bart bestätigt wird, in einem Augenblick von einem neugebornen Schriftsteller umgestoßen sehen sollte? Darf man von ihm das Geständniß erwarten, Alles sei Irrthum und Mißverständniß gewesen, was er seit dreißig Jahren gelehrt habe, daß er leere Worte und seine Unwissenheit um einen so hohen Preis verkauft habe? Welche Gründe der Wahrscheinlichkeit werden in diesem Falle das größte Gewicht haben? Wer wird sich durch noch so starke Gründe auf Ein Mal aus allen ersessenen Meinungen und Ansprüchen auf Erkenntniß und Gelehrsamkeit, für welche man seine ganze Lebenszeit mit allem Fleiß gearbeitet hat, herauswerfen lassen, um mit ganz neuen Begriffen von vorne wieder anzufangen!

Rostock, December 1858.

D. V.

Digitized by Google

VII.

Der Credit. (Fortsetzung.) Consequenzen und Modificationen.

Nachdem wir über die Lehre vom Credit eine Uebersicht gegeben haben, wird es nöthig, die Consequenzen des Creditbegriffs und deren Modificationen zu erörtern. Nicht Alles, was aus diesem Begriff folgt, kommt bei jedem Creditverhältniß zur Anwendung, und es giebt Creditverhältnisse, bei denen außer den Consequenzen aus dem Creditbegriff noch andere Rechtssätze zur Anwendung kommen. Die Quelle dieser Besonderheiten, welche also theils aus Inconsequenzen, theils aus selbstständigen Rechtsnormen bestehen, liegt in sehr verschiedenen Umständen, vorzugsweise aber in der Rücksicht des Staats auf die öffentliche Wohlfahrt und in dem eigenthümlichen Zweck des einzelnen Creditgeschäfts. Wenn es daher auch richtig bleibt, was oben gesagt worden ist, daß der Zweck des Creditgeschäfts für den Begriff des Credits unwesentlich ist [1]), so muß doch wohl beachtet werden, daß dieser Zweck für die rechtliche Beurtheilung eines Creditverhältnisses in concreto nicht gleichgültig ist, sondern ein selbstständiges Princip

[1]) Heft III. S. 52.

Digitized by Google

bildet, das seine eigenen Consequenzen erzeugt. Als Creditgeschäfte, deren eigenthümlicher Zweck eigenthümliche Folgen hat, sind hier zu erwähnen:

1) Die Anvertrauung von Gütern, um daran oder damit Etwas vorzunehmen. Die vorzunehmende Handlung kann sein: die Production von Werthen für Rechnung des Creditors. Dies heißt Administration. In wieweit der Administrant zur Arbeit verpflichtet ist, das ist quaestio facti. An sich, das heißt, wenn sich weitere Verpflichtungen nicht nachweisen lassen, hat er nur das geringste Quantum productiver Arbeit aufzuwenden: — er genügt seiner Pflicht, wenn er das empfangene Capital productiv anlegt. Man sagt in diesem Falle, indem man das geringe Arbeits-Quantum nicht weiter in Anschlag bringt: „das Capital arbeitet“ [2]). Weil der Administrant für fremde Rechnung producirt, also die erzielten Producte nicht ihm gehören, so folgt, daß die Administration eines Capitals den Nießbrauch dieses Capitals ausschließt: — administrare und uti frui sind Gegensätze. Wenn die Römer an gewissen Gütern der Kinder dem Vater die gubernatio rücksichtlich dieser Vermögensobjecte einräumen: so ist dies nicht Administration, sondern ein modificirter Nießbrauch [3]). Aus dem Begriffe der Administration folgt, daß der Administrant nicht schlechthin verpflichtet sein kann, die ihm anvertrauten Werthe zu restituiren. Denn er soll mit dem anvertrauten Capital produciren und keine Production ist möglich ohne Consumtion [4]).

---

[2]) Es ist unklar ausgedrückt, wenn man diese Production „die ordentliche und gemeine Vermehrung des Vermögens nennt. Puchta, Pand. § 349.

[3]) L. 6. § 1. D. de bonis quae lib. (D. 61): — plenissime potestas uti frui gubernareque res.

[4]) Heft I. S. 18.

Digitized by Google

2) Die Bestellung einer dos. Das Römische Recht verpflichtet den Ehemann, alle Lasten der Ehe zu tragen, das heißt, für die standesmäßige Existenz der Frau, so wie für die Ernährung und Erziehung der Kinder zu sorgen. Es hat daher die Ehe, welche sich als eine physische, sittliche und bürgerliche Gemeinschaft [5]) characterisirt, nach Auffassung der Römer nicht auch den Character einer Association im ökonomischen Sinne, zumal da die Frau nicht einmal zur Arbeit verpflichtet ist [6]). Zur Ausgleichung dieser Unbilligkeit diente der Brautschatz, — die dos, welche die Frau dem Manne zubrachte [7]). Aber auch dadurch wurde das Verhältniß keine societas im wirthschaftlichen Sinne. Denn die Frau hatte keinen directen Antheil an den Werthen, welche der Ehemann mittelst der dos producirte, so wie sie umgekehrt die wirthschaftlichen Verluste des Ehemanns nicht mitzutragen hatte. Die dos war ein Capital, welches dem Ehemann zur Nutzung während der Ehe hingegeben wurde, um ihm die Lasten der Ehe zu erleichtern [8]). Aus diesem Zwecke der dos folgt, daß sie wesentlich das Bestehen einer Ehe voraussetzt [9]), wenn sie also vor der Ehe bestellt wird, dies stillschweigend unter der

[5]) L. 1. D. d. ritu nupt. (23. 2): Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.

[6]) Wenn es in l. 44. pr. D. d. operis libert. (38. 1) heißt: in officio mariti esse debet, so ist damit nicht gesagt, daß das „officium" in der Pflicht zu häuslichen Diensten bestehe.

[7]) Tit. Dig. 23. 3. Cod. 5. 12.: de jure dotium.

[8]) L. 21. § 1. D. d. donat. inter V. et U. (24. 1): — — quia, nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.

[9]) L. 3. D. eod.: — neque enim dos sine matrimonio esse potest.

Digitized by Google

Bedingung geschieht, si nuptiae fuerint secutae [10]). Es folgt ferner, daß die dos nach Auflösung der Ehe durch Tod oder Scheidung zu restituiren ist [11]). Die Consequenzen, welche aus dem Begriff des Credits für die dos hervorgehen, sind ohne Schwierigkeit zu ziehen; das Dotalrecht wäre daher sehr einfach, wenn nicht auch hier wiederum historisch zufällige Einflüsse dem Rechtsverhältnisse, welches durch die dos unter Ehegatten entsteht, einen formelhaft juristischen Character verliehen hätten, welcher mit der Natur der Ehe im Widerspruch steht und andererseits das eigenthümliche Pietätsverhältniß der Ehegatten zu einander, so wie der Römische Grundsatz: „res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest" mit seinen mannigfachen Folgen Modificationen hervorgerufen hätte. Die heutige Theorie des Civilrechts weist der dos eine Stelle im System an, welche geeignet ist, diese Rechtsmaterie zu verdunkeln.

3) Die Hingabe einer arrha. Sie wird von einem Contrahenten dem andern gegeben, um die Perfection des Vertrags zu sichern; sie ist, wie die Römischen Juristen sich ausdrücken, ein argumentum contractus [12]). Aus diesem Zwecke der arrha folgt, daß sie wesentlich einen perfecten, wenn auch noch nicht rechtlich bindenden [13]), Vertrag voraussetzt und daß sie nach erfülltem oder aufgelöstem Vertrage, zu dessen Sicherheit sie gegeben ward, zu restituiren ist [14]).

---

[10]) Fundus dotis nomine traditus, si nuptiae insecutae non fuerint, condictione repeti potest. L. 7. §. 1. D. d. condictione causa data causa non secuta (12. 4). Vgl. Heft III. S. 68.

[11]) L. un. § 7. C. d. rei uxor. act. (5. 13).

[12]) Heft III. S. 61. Note 198.

[13]) So bei mündlichen Verträgen, die gesetzlich oder vertragsmäßig erst durch schriftliche Abfassung und Vollziehung bindend werden. L. 17. C. d. fide instrumentorum (4. 21).

[14]) L. 11. § 6. D. d. act. E. V. (19. 1). L. 2. C. quando lic. ab empt. discedere. (4. 45.)

Digitized by Google

Nach dieser Vorbemerkung wenden wir uns zur näheren Erörterung der einzelnen Sätze, welche durch die Analyse des Creditbegriffs gefunden sind[15]).

I. Zum Begriff des Credits gehört wesentlich der Wille des Creditgebers, den von ihm geleisteten Werth zurückzuempfangen.

Hieran reihen sich folgende Bemerkungen:

1) Dieser animus recipiendi, wie ihn die Römer nennen[16]), versteht sich in einem Staate, wo Arbeitstheilung besteht, also in allen civilisirten Staaten, von selbst, wenn Jemand für einen Andern vertragsmäßig oder einseitig Werthe aufgeopfert hat, weil Schenkungen in solchen Staaten nur Ausnahmen sein können. Die Römer geben daher sowohl dem Mandatar wegen seiner vertragsmäßigen Aufwendungen, als auch dem negotiorum gestor, welcher einseitig einen Dienst geleistet oder Capital verwendet hat, einen Anspruch gegen den Mandanten und dominus negotii auf Rückleistung solcher creditirten Werthe, ohne einen animus recipiendi zu erfordern[17]). Dagegen schließt der animus donandi nothwendig den animus recipiendi aus[18]).

2) Regelmäßig wird bei Creditverträgen die Absicht des Creditors dahin gehen, daß der creditirte Werth an ihn restituirt werde. Dies ist indessen nicht wesentlich. Es steht mit

[15]) Heft III. S. 35 ff.

[16]) L. 2. 11. 15. C. d. neg. gest. (2. 19).

[17]) Vergl. Dankwardt, die negotiorum gestio, S. 30.

[18]) L. 4. 27. § 1. D. d. neg. gest. (3. 5). Niemand hat nöthig, sich schenken zu lassen. Non potest liberalitas nolenti adquiri. L. 19. § 2. D. d. donat. (39. 5). Daraus folgt, daß wenn Jemand, in der Absicht zu schenken, einem Andern Werthe geopfert hat, doch ein Schuldverhältniß entsteht, wenn die Schenkung refüsirt wird.

Digitized by Google

dem Begriffe des Credits durchaus nicht in Widerspruch, daß der Creditgeber sich vom Schuldner versprechen läßt, den empfangenen Werth an einen Dritten zu restituiren. Gläubiger würde der Dritte immer nur durch eine Cession der Forderung werden. Allein das Recht giebt, um einen leeren Formalismus zu vermeiden, dem Dritten die Klage aus dem Geschäft, als wäre sie ihm cedirt worden [19]). Die desfallsigen Rechtsvorschriften reden freilich nur von einzelnen bestimmten Creditverhältnissen; wir sind indessen der Ansicht, daß sich die heutige Theorie mit Unrecht lediglich an diese Einzelfälle [20]) hält. Dies wäre nur dann zu billigen, wenn die Römer gerade wegen der besondern Natur jener Creditverhältnisse dem Dritten die actio utilis gäben. Dies ist entschieden nicht der Fall; Niemand kann zweifeln, daß sie dem Dritten deshalb die Klage geben, weil das Verlangen einer speciellen Cession eine reine Pedanterie sein würde. Jene Rechtssätze sind daher als Consequenzen eines allgemeinen Princips anzusehen und daher vollständig zu generalisiren. Es giebt einen Fall, in welchem es als stillschweigende Absicht des Creditgebers angesehen wird, daß der creditirte Werth einer dritten Person restituirt werden solle, und daher dieser letzteren ohne Weiteres die Klage gegeben wird. Dies geschieht dann, wenn Jemand, der nicht Vater oder väterlicher Ascendent [21]) einer Ehefrau ist, dieser eine dos bestellt [22]). Hier ist der Ehemann,

---

[19]) Weil hier die Cession fingirt wird, heißt die Klage des Dritten actio utilis. Die Römer haben eine große Abneigung gegen Inconsequenzen; wo sie nöthig wird, fingiren sie die Consequenz.

[20]) Puchta, Pand. § 276.

[21]) L. un. C. d. rei uxor. act. (5. 13).

[22]) Die dos heißt in diesem Falle adventicia im Gegensatz zur dos profectitia, die aus dem Vermögen des Vaters oder väterlicher Ascendenten kommt. L. 5. pr. D. d. jur. dot. (23. 3).

Digitized by Google

der, die dos empfängt, lediglich verpflichtet, sie an die Ehefrau (oder deren Erben) zu restituiren, wenn sich der Besteller der dos die Restitution derselben an ihn nicht ausdrücklich reservirt. Die dos heißt im Falle der Reservation receptitia[23]).

II. Kein Creditgeschäft ohne Uebertragung eines Werths[24]).

Daraus folgt: 1) daß das Anvertrauen werthloser Gegenstände kein Creditverhältniß begründen kann. Auch das Recht kann ein solches Verhältniß nicht schützen, da es in der Macht des Schuldners liegen würde, durch Vernichtung des creditirten Objects die Execution zu vereiteln. Dies galt um so mehr bei den Römern zu jener Zeit, als sie den Schuldner stets in pecuniam numeratam verurtheilten. Wir finden daher bei ihnen den Grundsatz: ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt[25]). Die Verpflichtung zur Restitution eines werthlosen Objects ist daher stets

---

[23]) Puchta, Pand. § 419. Diese Singularität erklärt sich auf folgende Weise. Die Römer hatten den Grundsatz: „ne indotata sit mulier". Sie trachten darnach, daß möglichst jedes Frauenzimmer eine dos habe, und wenn es eine hat, sie nicht wieder einbüße. Alle Dotalverträge werden daher, soweit es nur irgend angeht, dieser Intention gemäß interpretirt. Rei publicae interest, heißt es, mulieres dotes salvas habere. L. 2. D. d. jure dot. (23. 3). Im vorliegenden Falle wird daher angenommen, der Besteller der dos habe die Frau überhaupt dotiren, m. a. W., er habe ihr bei der Bestellung der dos gleichzeitig ein Geschenk machen wollen. Demgemäß fassen sie, wo eine solche dos adventitia bestellt wird, das Geschäft so auf, als hätte der Besteller der Ehefrau die Dotalgegenstände geschenkt, und diese sie demnächst ihrem Ehemann als dos gegeben. Es finden sich noch manche andere singulaire Rechtssätze, die auf jenes Princip zurückzuführen sind.

[24]) Heft III. S. 36.

[25]) L. 9. § 2. D. d. statulib. (40. 7).

Digitized by Google

nur eine moralische, von den Römern obligatio naturalis genannt [26]).

Man kann indessen einem werthlosen Object vertragsmäßig einen Werth beilegen, und dadurch indirect ein klagbares Creditverhältniß hervorrufen: — der Creditor läßt den Empfänger eine Summe Geldes versprechen für den Fall, daß er dasselbe nicht herausgeben würde. Die Römer bedienten sich dieser Conventionalstrafe auch, um Streit über die Größe des creditirten Werths zu vermeiden. Optimum erit, heißt es, poenam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit, actori probare, quid ejus intersit [27]).

Es ist jedoch wohl zu beachten, daß der creditirte Gegenstand, wenn auch an sich werthlos, doch indirect durch Concurrenz besonderer Umstände für den Gläubiger einen Werth haben kann, so daß es für ihn einen Werth-Unterschied

---

[26]) Is natura debet, cujus fidem sequuti sumus. L. 84. § 1. D. d. R. J. (50. 17). Das „geschenkte Vertrauen" begründet also eine naturalis obligatio. Der Ausdruck kommt noch in anderer Bedeutung vor. Wo die Pflicht des Schuldners auf rein positiver Rechtsvorschrift beruht, wie bei der Stipulation, sagen die Römer vom Schuldner: nec natura debet. L. 41. D. d. cond. indeb. (12. 6). Ein Werth kann nur durch Tausch, Schenkung, Credit oder Zahlung in das Vermögen eines Andern übergehen, d. h. inter vivos. Erwirbt also Jemand einen Werth, ohne daß einer dieser Gründe vorliegt: so folgt, daß er ihn wieder herausgeben muß. Auch diese obligatio heißt, weil sie auf einem logischen Schluß beruht, naturalis. L. 5. pr. D. d. anot. tut. (26. 8): — naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est. Es giebt also keinen allgemeinen Begriff für den Ausdruck obl. naturalis. Alle Versuche unserer Juristen, eine einfache Definition zu finden, mußten daher nothwendig scheitern. Vgl. Puchta, Pand. § 237.

[27]) § 7. J. d. verb. obl. (3. 15). Ein Mangel der Theorie des Civilrechts scheint uns zu sein, daß man den Zweck der Conventionalstrafe nicht scharf und bestimmt hervorhebt. Sie dient dazu: 1) ein klagloses pactum klagbar zu machen, 2) das Interesse des Gläubigers zu fixiren.

Digitized by Google

bildet, die Sache zurückzuempfangen oder nicht. In diesem Falle liegt in dem Anvertrauen der Sache wirklich die indirecte Uebertragung eines Werths, es entsteht daher ein wirkliches, und, weil seiner Realisirung Nichts im Wege steht, auch rechtlich geschütztes Creditverhältniß. Der Satz: kein Creditgeschäft ohne Uebertragung eines Werths bleibt daher ganz richtig, nur ist es gleichgültig, welchen Werth das creditirte Object für den Schuldner hat. Jener Werth-Unterschied heißt Interesse[28]) im Gegensatz zu dem Marktwerth des creditirten Objects. Die Römer unterscheiden entsprechend das id quod interest und das verum nec pretium[29]). Daß sich dieser Gegensatz auch da denken läßt, wo der creditirte Gegenstand einen Marktwerth hat, daß also der Werth, den das Object für den Gläubiger hat, den Marktwerth übersteigt, bedarf keiner Bemerkung.

Es muß indessen

2) hervorgehoben werden, daß auch die Uebertragung einer res aliena Uebertragung eines Werths ist; sie wird aber dadurch annullirt, daß die Sache vom Eigenthümer derselben vindicirt wird. Letzteres nennen die Römer rem evincere[30]). Dadurch hört das Geschäft, welches anfangs ein Creditgeschäft war, auf, ein solches zu sein, und es cessirt die Pflicht des Schuldners zur Rückleistung, also im Fall eines Creditkaufs die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises. War die res vendita eine species, so erlischt die Pflicht definitiv; war sie

[28]) Dieser Begriff gehört nicht blos in die Lehre vom Credit, die nähere Erörterung desselben gehört in das Capitel: Pflicht zum Ersatz consumirter Werthe.

[29]) L. 50. pr. D. d. furtis (47. 2).

[30]) Tit. Dig.: de evictionibus et duplae stipulatione. (21. 2). Cod.: d. evictionibus (8. 45).

Digitized by Google

ein Quantum aus einem genus, so wird die Pflicht suspendirt, bis der Verkäufer ein anderweitiges vertragsmäßiges Quantum geleistet hat.

3) Die Uebertragung eines Werths kann auf die Weise geschehen, daß man Jemanden zur Empfangnahme eines Werths beauftragt. Der so empfangene Werth ist ebenfalls ein creditirter Werth. Die Römischen Juristen, noch immer in der Idee des alten Nexum befangen, sehen hierin beim Darlehen eine Singularität. Singularia quaedam, sagt Ulpian, recepta sunt circa pecuniam creditam; nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos numos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, quum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta. Auch beim Eincassirungs-Mandat ist die vom Mandatar erhobene Summe Geldes ein creditirter Werth [31]).

4) Die Römer behandeln den, welcher ohne Auftrag für Jemanden Werthe in Empfang nimmt, ganz so, als wäre er damit beauftragt worden, d. h. als Schuldner des dominus negotii, und der Jurist Julian war der sehr richtigen Ansicht, daß derjenige, welcher Werthe, die an einen Dritten zu gelangen bestimmt sind, in eigennütziger Absicht in Empfang nehme, keine bessere Stellung verdiene: — nihilo minus imo magis et is tenebitur [32]). Daher heißt es: Si quis pecuniam vel aliam quandam rem, ad me perferendam,

[31]) L. 15. D. d. reb. cred. (12. 1). L. 17. D. Mandati (17. 1).

[32]) L. 6. § 3. D. d. neg. gest. (3. 5).

Digitized by Google

acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi adversus eum competit actio[33]).

5) Die Uebertragung eines Capitals enthält die Uebertragung der Producte, welche damit erzeugt werden sollen. Wenn daher Capitalien in irgend einer Form übergeben werden, um damit Werthe für Rechnung des Creditors zu produciren, so sind auch die vom Empfänger erzielten Producte creditirte Werthe. Ganz ebenso wird rechtlich der Fall behandelt, wo Jemand ohne Auftrag, — sei es auch in eigennütziger Absicht — mit fremdem Capital Werthe producirt[34]).

III. Die Uebernahme einer klagbaren Verbindlichkeit ist Uebertragung eines Werths.

Daher enthält die promissio dotis bereits die Uebertragung eines Werths, die Bestellung einer dos. Dadurch entsteht die Unterscheidung zwischen promissio und numeratio dotis. Eine Eigenthümlichkeit, welche an einem andern Orte zu erklären sein wird, ist, daß schon die einseitige Auslobung — pollicitatio zur Bestellung der dos genügt[35]).

IV. Der creditirte, also vom Schuldner in irgend einer Form zurückzuleistende, Werth kann von vornherein ein abstracter, also unabänderlich feststehender sein[36]).

Wo dies vertragsmäßig Statt fand, sagten die Römer res aestimata data est. Als Fälle dieser Art werden erwähnt: die res aestimata vendenda[37]) und die dos aestimata[38]).

---

[33]) L. 6. § 2. eod. Vgl. Dankwardt a. a. O. § 22.

[34]) Dankwardt a. a. O.

[35]) Cod. V. 11: de dotis promissione et nuda pollicitatione.

[36]) Heft III. S. 38.

[37]) L. 1. pr. D. d. aestimatoria (19. 3).

[38]) L. 16. D. d. jure dot. (23. 3).

Digitized by Google

Da ein abstracter Werth sich nur in einer Summe Geldes ausdrücken läßt, so ist die aestimatio stets eine Schätzung in Geld. Damit ist aber nicht gesagt, daß ein abstracter Werth sich nur in Geld leisten lasse. Wenn auch in Geld veranschlagt, ist doch seine Leistung in einer andern vereinbarten Form möglich. In diesen Fällen kann also verabredet werden, daß der Schuldner schlechthin verpflichtet sein solle, den abstracten Werth in Geld zu leisten, und dies wird als stillschweigende Meinung der dos aestimata angenommen; es kann aber auch sehr wohl verabredet werden, — und dies geschieht gewöhnlich oder doch häufig, wenn ein Hausirhändler seine Waaren bezieht[39]) — den Werth in der empfangenen unveränderten Form oder in Geld zu restituiren: aut ipsam rem incorruptam reddere aut aestimationem, de qua convenit[40]). Wenn Jemand einen Gegenstand empfängt und den Werth in Geld zurückzuleisten verspricht, so ist das Geschäft dem Resultat nach ein Kaufgeschäft mit creditirtem Preise. So fassen es die Römischen Juristen auf[41]). Allein, wie wir bereits früher gezeigt haben, — der Creditkauf ist seinem Wesen nach Nichts weiter als Darlehen[42]). So auch die dos aestimata; die Zinsen werden hier nach der Absicht der Contrahenten gegen einen Theil der onera matrimonii compensirt[43]).

[39]) Ein Hausirhändler arbeitet gewöhnlich mit sehr geringem Capital. Es ist daher sehr natürlich, daß er sich ausbedingt, diejenigen Artikel, die er nicht absetzen würde, zurückgeben zu dürfen.

[40]) cit. l. § 1. D. d. aestimatoria. (19. 3).

[41]) cit. l. 16. D. d. jur. dot. (23. 3).

[42]) Heft III. S. 45.

[43]) Die Bestellung einer dos enthält keine Schenkung des Gebrauchswerths der Dotalgegenstände. Non est ista donatio, cum pro oneribus matrimonii petentur. L. 31. § 1. D. de donat. inter v. et u. (24. 1). Siehe oben S. 7.

Digitized by Google

Regelmäßig ist aber der vom Schuldner zu restituirende Werth ein concreter, also ein veränderlicher, ja gänzlich zerstörbarer; soll der Schuldner zur Leistung eines abstracten, unveränderlichen Werths verpflichtet sein, so ist dazu stets ein specieller Vertrag nöthig. Eine Werthveränderung des geschuldeten Objects kann in einem reinen Zufall ihren Grund haben. Sie kann

1) eintreten in Folge jenes volkswirthschaftlichen Gesetzes, welches den Werth der Güter regulirt[44]). Dieser Werthveränderung sind alle Güter, materielle oder inmaterielle, bona naturalia oder civilia, unterworfen. Das geschuldete Object kann während der Dauer des Creditverhältnisses theurer, billiger und ganz werthlos werden[45]). Dies gilt auch vom Gelde, weshalb der, welcher eine Summe Geldes schuldigt, keineswegs einen abstracten, d. h. unveränderlichen Werth schuldigt. Das Geld ist ein Fabricat[46]), und hat als solches seinen Marktwerth. Die Münzfabrication ist aber nirgends der freien Concurrenz von Privatunternehmern überlassen, sondern bildet aus Rücksicht des öffentlichen Wohles ein Monopol (sog. Regal) der Staatsregierungen. Es liegt also in der Willkühr der Regierungen, den Unterschied des Preises zwischen dem Rohstoff (Silber- oder Goldbarren) und den daraus gefertigten Fabricaten (Münzen) zu bestimmen. Erfahrungsmäßig beutet aber keine Regierung dieses Monopol aus, vielmehr geschieht die Fabrication der Münzen um einen so billigen Preis, daß es als ein fest-

[44]) Heft I. S. 16.

[45]) Hier sind namentlich die Creditpapiere zu erwähnen.

[46]) J. B. Say a. a. O. S. 15. Wenn das Geld theurer wird, werden scheinbar alle übrigen Güter wohlfeiler; wenn das Geld wohlfeiler wird, werden scheinbar alle übrigen Güter theurer. Der Scheffel Roggen galt im J. 1486 in Mecklenburg 1 fl. 6 pf.; wenn er jetzt 1 Thlr. gilt, so folgt keineswegs, daß der Roggen seither bedeutend im Preise gestiegen sei.

Digitized by Google

stehender Satz betrachtet werden kann: In allen Ländern übersteigt der Werth einer Geldmünze den Werth eines kleinen Barrens von gleichem Gewicht und Feingehalt nur um ein Geringes. Ebenso ausgemacht ist es, daß das Metallgeld nie unter den Werth seines Rohstoffs sinken kann. Aus beiden Sätzen läßt sich der sichere Schluß ziehen: — der Werth des **Metalles** regulirt den Werth der Münzen[47]). Das Verhältniß von Angebot und Nachfrage nach edlen Metallen bestimmt daher im Wesentlichen den Werth der Münzen, welche daraus fabricirt werden. Dabei ist jedoch wohl zu beachten, daß die Nachfrage hier einen doppelten Grund haben kann, weil die edlen Metalle nicht blos zur Fabrication von Münzen, sondern auch zu vielen anderen Utensilien dienen. Nur, wenn die Nachfrage in beiderlei Hinsicht abnimmt, sinkt daher der Werth der edlen Metalle[48]). Durch Entdeckung der Silberminen Americas ist das Angebot von Rohsilber von 1 auf 10 gestiegen, sein Werth jedoch, weil auch die Nachfrage beträchtlich gestiegen ist, nur von 4 auf 1 gefallen[49]). Was den oben bemerkten geringen Werthunterschied zwischen den Münzen und ihrem Rohstoff betrifft: so regulirt sich dieser nach dem Verhältniß von Angebot und Nachfrage nach Münzen. Es können daher durch eine starke Emission von Papiergeld die Münzen auf den Werth des Rohstoffs herabsinken. Von der Möglichkeit der Werthveränderung des Geldes hatten die Römer noch keine Vorstellung. Die Entdeckung dieser Wahrheit ist erst durch die Nationalökonomik gemacht worden.

---

[47]) J. B. Say a. a. O. Bd. II. S. 22.

[48]) J. B. Say a. a. O. S. 24.

[49]) J. B. Say a. a. O. S. 311. (Geschrieben im Jahr 1817). Vgl. Max Wirth, Grundzüge der Nationalökonomie, S. 34. Roscher, Grundlagen § 135 ff.

Digitized by Google

2) Der andere Grund, weshalb ein geschuldetes Object eine zufällige Werthveränderung erleiden kann, ist die Wirkung eines Naturgesetzes. Solche Zufälle nennen die Römer, wenn dadurch eine Werthzerstörung hervorgebracht wird — casus, vis major[50]) oder damnum fatale[51]).

V. Geschuldete Werthe betrachtete der Römer materiell nicht mehr als Bestandtheile seines Vermögens; umgekehrt sah er diejenigen Werthe, welche er zu fordern hatte, materiell bereits als Bestandtheile seines Vermögens an[52]).

Dieser Satz in Verbindung mit dem andern bereits erwähnten: der aus einem Creditverhältnisse geschuldete Werth ist regelmäßig ein concreter, veränderlicher Werth, — hat Consequenzen, welche practisch von höchster Wichtigkeit sind. Aus diesen beiden Sätzen folgt:

daß alle während des Creditverhältnisses durch Zufall entstandenen Werthveränderungen des geschuldeten Objects den Schuldner Nichts angehen.

Der Gläubiger trägt das periculum: — er gewinnt das commodum und erleidet das incommodum rei. Die Juristen, welche schließen, daß man das incommodum trage, weil man das commodum rei genieße, also das commodum genieße, weil man das incommodum trage, drehen sich im Kreise herum. Man trägt nie das incommodum, weil man das commodum hat, und hat nie das commodum, weil man das incommodum trägt, sondern, daß man das Eine hat und das Andere trägt, ist eine Folge aus einem selbstständigen

---

[50]) L. 25. § 6. D. Locati cond. (19. 2).

[51]) L. 3. § 1. D. Nautae, caup. (4. 9).

[52]) Heft III. S. 51.

Digitized by Google

Princip. Es ergiebt sich, daß, wenn das Schuldobject gänzlich zerstört ist, das Schuldverhältniß erlischt. Dies drücken die Römer durch den Satz aus: Impossibilium nulla obligatio est[53]). Eine weitere Consequenz ist, daß der Gläubiger, der die res debita fordert, eventuell[54]) ihre Existenz beweisen muß und daß die Klage stets die Behauptung involvirt, daß die res debita noch existire. Es folgt ferner, daß, wenn der Gläubiger statt der untergegangenen Sache Schadenersatz fordert, er diejenigen Thatumstände beweisen muß, welche den Schuldner, der ja an sich durch den Untergang der res debita liberirt ist, zum Ersatz des Schadens verpflichten[55]). Diejenigen Juristen, welche behaupten, daß der Schuldner im Fall des Untergangs der Sache an sich verpflichtet sei, das Interesse zu ersetzen, aber die an sich fundirte Klage durch exceptio casus unwirksam machen könnte, begehen einen doppelten Fehler[56]). Sie behaupten erstens: daß die Befreiung des Schuldners durch casuellen Untergang der res debita, ein jus singulare sei, was unrichtig ist; zweitens: daß der Schuldner stets einen abstracten Werth schulde, so daß der Untergang der Sache an sich ohne allen Einfluß auf die Forderung sei, was ebenfalls falsch ist. — Das angeführte Princip ist überall durchschlagend und sehr leicht anzuwenden. Wir wollen hier nur zwei besonders interessante Fälle erörtern:

1) Da das Geld ein Fabricat ist, so schuldigt der, welcher ein Gelddarlehen aufgenommen hat: — eine Quantität von Fabricaten bestimmter Art. Der Creditor trägt also während des Creditverhältnisses das periculum und

---

[53]) L. 185. D. d. R. J. (50. 17).

[54]) Nämlich, wenn der Schuldner behauptet, sie sei untergegangen.

[55]) Siehe unten S. 60.

[56]) Puchta Pand. S. 267 a. E.

Digitized by Google

hat das commodum rücksichtlich der Werth-Aenderung. Es trifft also auch den Creditor der Nachtheil, wenn durch Münzconversion die fragliche Geldsorte ihren Werth als Fabricat verliert und nur noch den Werth des Rohstoffs behält. Der Schuldner zahlt also, wenn der Rückzahlungs-Termin in eine Zeit fällt, wo die Münzsorte außer Cours gesetzt ist, noch gültig in dieser alten Münzsorte. Es ist nicht der geringste Grund ersichtlich, weshalb der, welcher ein Fabricat, das Geld heißt, zu fordern hat, rechtlich anders gestellt werden sollte, wie der, welcher ein Fabricat irgend einer andern Art zu fordern hat. Ganz anders liegt der Fall, wo Jemand ein Darlehen contrahirt und die Summe in Papiergeld, d. h. ein Stellvertretungs-Zeichen des Geldes empfängt. Wird nun während der Dauer des Creditverhältnisses das Papiergeld außer Cours gesetzt: so kann die Schuld nicht mit Papier bezahlt werden, das aufgehört hat, ein Stellvertretungszeichen des Geldes zu sein. Will der Schuldner im Fall der Münzconversion in dem neuen Gelde zahlen, so berechnet er den Feingehalt der Summe von der alten Münzsorte, macht davon aber einen doppelten Abzug: 1) die Kosten, welche erforderlich sind, um das alte Geld einzuschmelzen und in feines Silber zu verwandeln; 2) die Kosten, welche erforderlich sind, um aus dem so gewonnenen Silber neues courantes Geld zu prägen. Oder, was ganz dasselbe ist, — er bezahlt ohne Abzug den Marktwerth des Feingehalts, der in der Summe der alten Münzen steckt [57]).

2) Es ist schon bei einer andern Gelegenheit bemerkt worden, daß auch die **res vendita** mit der Perfection des Kaufcon-

---

[57]) Dabei ist jedoch zu bemerken, daß eine Mark feines Silber, welche mit Kupfer versetzt ist, einen geringern Werth hat, wie reines Silber.

Digitized by Google

tracts materiell als Vermögensstück des Käufers angesehen wird[58]). Im Moment der Perfection geht also periculum und commodum auf den Käufer über; war also der Kauf ein bedingter, so muß überdies die Bedingung eingetreten sein. Die Frage über das periculum und commodum ist grade für das Kaufgeschäft, weil es das wichtigste ist und im Verkehr am häufigsten vorkommt, von besonders practischer Bedeutung. Wenn der Verkehr erst beginnt und nur Kaufcontracte über species oder über Quantitäten aus einem genus, die jedoch bereits ausgeschieden und als species dem Käufer vorliegen, geschlossen werden, entscheidet sich die Frage sehr einfach. Sobald aber der Handel sich mehr entwickelt und Käufe auf Lieferung geschlossen werden, wird die Entscheidung schwieriger. Die alten Römer hatten den Grundsatz: nec emptio nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi[59]); es gab daher nach ihrer Vorstellung nur einen Kauf über eine den Contrahenten vorliegende species. An dieser Vorstellung hielten sie fest, als das practische Bedürfniß sie nöthigte, den Lieferungskauf als bindendes Rechtsgeschäft anzuerkennen, indem sie auch in diesen Fällen eine wirkliche emptio venditio erst als vorhanden annahmen, wenn nach Abschluß des Geschäfts die Requisite eines Kaufs über eine species eingetreten waren, d. h. wenn die zu liefernde, generisch bestimmte, species oder die zu liefernde Quantität aus einem bestimmten genus ausgeschieden als ein selbstständiges Object dem Käufer vorlag. Erst dann sagen sie: res plenissime vendita est[60]). Die römische Ansicht geht also dahin: Nur

[58]) Heft III. S. 53.

[59]) Pomponius in l. 8. pr. D. d. contrah. empt. (18. 1).

[60]) L. 1. pr. D. d. periculo (18. 6): — — videlicet quasi tunc plenissime veneat.

Digitized by Google

über eine vorliegende species ist ein Kaufcontract möglich; aber man kann im Voraus seinen Consens bindend erklären; man muß also unterscheiden emptio venditio facta und perfecta est, — den vorbereitenden Handel und den vollendeten Kauf[61]). Die Frage über das periculum und commodum rei kann daher erst entstehen, wenn nach abgeschlossenem Handel die Requisite eines Kaufs über eine species vorliegen, und entscheidet sich dann von selbst. So heißt es vom Weinhandel: Sed si ex doliario pars vini venierit, veluti meretrae centum, verissimum est, quod et constare videtur, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere[62]). Unsere Juristen streiten sich darüber, ob in diesen Fällen die bloße Ausscheidung der gekauften Quantität aus dem fraglichen genus genüge, damit das periculum auf den Käufer übergehe, oder ob auch die Tradition erfolgt sein müsse, oder ob eine bloße Anzeige an den Käufer, daß ausgeschieden sei, hinreiche, oder ob die körperliche Anwesenheit des Käufers bei der Ausscheidung aus dem genus nöthig sei. Diese im Interesse des Verkehrs höchst bedauerliche Controverse wäre vermieden, wenn man bedacht hätte, daß die vorliegende Frage in ihrer Allgemeinheit nicht entschieden werden kann auf Grund der eben angeführten Stellen, welche offenbar den concreten Fall vor Augen haben, daß der Käufer bei der Ausscheidung persönlich gegenwärtig ist. Es ist fehlsam, zu untersuchen, was in

---

[61]) Man sieht hier aus den Ausdrücken facere und perficere, daß die Bezeichnung „Perfection" erst entstanden ist, als man anfing, Lieferungskäufe abzuschließen. L. 35. § 5. D. d. contrah. empt. (18. 1): — — non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensae, adpensae, adnumeratae ve sint.

[62]) L. 35. § 7. eod. Vgl. L. 35. § 5. 6. eod.

Digitized by Google

diesen Stellen die Ausdrücke: ad pensa, ad mensa und ad numerata bedeuten und darnach die vorliegende Frage zu entscheiden [63]). Man muß vielmehr aus der unzweifelhaften Bedeutung dieser Ausdrücke schließen, daß jene Stellen für die allgemeine Entscheidung unserer Frage unbrauchbar sind. Die Basis für die Entscheidung liegt in dem oben angeführten Princip. Die Gefahr geht auf den Käufer über, sobald ein emptio perfecta vorliegt, das heißt hier, sobald nach Abschluß des Handels die Requisite eines Kaufs in specie vorliegen. Es muß also, damit das periculum auf den Käufer übergehe, 1) die Ausscheidung aus dem genus erfolgt sein; 2) der Käufer muß eine Vorstellung von der ausgeschiedenen species haben; 3) er muß consentirt haben in diese species. Da der Käufer nun aber den Consens bereits früher bindend erklärt hat, so bleibt Nichts weiter erforderlich, als daß die Ausscheidung erfolgt und dem Käufer Kenntniß gegeben ist. Die Tradition ist nicht nothwendig, weil auch beim Verkauf einer species dies nicht erforderlich ist, um das periculum zu übertragen. Die persönliche Anwesenheit des Käufers bei der Ausscheidung ist nicht nöthig, weil ja der Kauf einer species sehr wohl möglich ist, ohne daß sich die Waare beim Contract am Platz befindet. Sehr richtig entscheiden die Römer ganz nach demselben Grundsatz, wenn ein bestimmt abgegrenztes, als selbstständiges Object erscheinendes Quantum fungibler Sachen für einen Preis gekauft ist, der nach Zahl, Maaß oder Gewicht bestimmt ist, so daß nur das Quantum gezählt, gemessen oder gewogen werden muß, um den Gesammtpreis zu bestimmen. Z. B. man kauft einen

---

[63]) Diesen Fehler begeht auch Thöl, der im Uebrigen mit uns zu demselben Resultat kommt. Thöl, Handelsrecht. Bd. 1. § 74. Note 17.

Digitized by Google

vorliegenden Haufen Getreide, den Scheffel zu 1 Thlr. Es scheint freilich, als ob hier ein perfecter Verkauf über ein species vorliegt. Allein es fehlt am certum pretium; dies springt sofort in die Augen, wenn man sich denkt, daß unmittelbar nach Abschluß des Geschäfts das Quantum Getreide durch Zufall untergeht. Es muß daher das ganze Quantum erst nach Zahl, Maaß oder Gewicht bestimmt sein, damit eine Einigung über ein certum pretium, also ein perfecter Kauf vorliege, mithin das periculum auf den Käufer übergehen könne[64]). Wenn für das ganze Quantum ein fester Preis in runder Summe geboten wird, so liegt von Anfang an ein perfecter Kauf über eine species vor, und das periculum geht sofort über[65]).

Der Gegenstand des periculum und commodum kann während der Dauer des Creditverhältnisses durch Vertrag geändert werden. So bei der dos; dies heißt permutatio dotis[66]). Es kann ferner die Frage über periculum und commodum rei beim Creditgeschäft von vornherein vertragsmäßig

---

[64]) cit. L. 35. § 5. 6.: — — Quodsi vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulas meretras, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emptio perfici? Quod similiter scilicet quaeritur et de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata adpensa admensave sint, quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulas meretras aut in singulos modios, quos quasve admensus eris, aut in singulas libras, quas adpenderis, aut in singula corpora, quae adnumeraveris.

[65]) cit. L. 35: — — si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum, quodcunque esset, uno pretio venierit, idem juris est, quod in ceteris rebus. — — Si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur postquam de pretio convenerit.

[66]) L. 26. 27. D. d. jur. dot. (23. 3).

Digitized by Google

beseitigt werden, indem man als creditirtes Object einen abstracten, d. h. unveränderlichen Werth setzt, der also weder einen Zuwachs, noch eine Abminderung erleiden kann [67]). Es kann ferner der Schuldner vertragsmäßig das periculum übernehmen. Endlich kann ein Dritter sich verpflichten, das periculum zu tragen. Die vertragsmäßige Vergütung dafür heißt Prämie; der Vertrag Versicherungsvertrag, wobei man den Versicherer, welcher die Gefahr übernimmt, und den Versicherten, der sie gegen Prämie überträgt, unterscheidet; die Urkunde über den Vertrag heißt Police. Die Versicherung wird heut zu Tage als Gewerbe getrieben, und regelmäßig vereinigen sich mehrere Versicherer zu einer Gesellschaft. Von solchen Versicherungswesen finden wir bei den Römern nur eine Spur in dem früher schon erwähnten foenus nauticum, bei welchem die Prämie in der Form von Zinsen versprochen wird [68]).

VI. Der creditirte Werth geht nicht nothwendig in das Vermögen des Schuldners über.

Der entgegengesetzte Satz des altrömischen Rechts, nach welchem die anvertraute Sache stets eine res data ist, ist als Princip verschwunden. Ueberall, wo eine Sache zur Nutzung hingegeben wird, wird dem Empfänger nur die Detention eingeräumt, wenn nicht der Gebrauch nur durch Verbrauch möglich ist. Eine Spur jenes alten Satzes hat sich erhalten und ist in die Justinianische Compilation übergegangen. Die Be-

---

[67]) Siehe oben S. 15. 16. Practisch aufgefaßt, geschieht dies stets, wenn man vertragsmäßig an die Stelle des creditirten Objects eine Summe Geldes setzt, da der Werth des Geldes sich nur sehr wenig ändert.

[68]) Siehe Heft II. S. 12. Ein ähnliches Geschäft ist unser Bodmereicontract. Eichhorn's Einl. in d. Deutsche Privatrecht. § 116.

Digitized by Google

stellung einer dos bringt die Dotalgegenstände in das Eigenthum des Ehemanns[69]), selbst dann, wenn sie nach Auflösung der Ehe in specie restituirt werden sollen. Der Satz ist indessen schon so durchlöchert, daß von seinem Inhalte wenig mehr übrig ist. Die römischen Juristen gestehen dies selbst zu, indem sie von der dos sagen[70]): quamvis in bonis mariti sit, mulieris tamen est, d. h. das Eigenthum des Ehemanns an der dos ist wenig mehr als eine Phrase. Ganz ebenso spricht sich Justinian aus, welcher die Ehefrau autorisirt, nach Auflösung der Ehe ohne Weiteres die vorhandenen Sachen als ihr Eigenthum in Anspruch zu nehmen, indem er sagt, das Eigenthum des Mannes an den Dotalsachen sei eine bloße Subtilität, über welche man nicht vergessen dürfe, wie die Sache sich in Wirklichkeit verhalte. Non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti „videtur" fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est[71]). Dennoch tragen unsere Rechtslehrer jenen Satz, welcher offenbar eine historische Ruine ist, der nach Justinians eignem Zeugniß überall keinen Werth hat, vielmehr geeignet ist, Verwirrung und Confusion hervorzubringen, als Dogma vor, behaupten also, daß er in unser Deutsches Rechtsbewußtsein eingedrungen sei. Ja! es hat Deutsche Juristen gegeben, welche für möglich gehalten haben, jenen offenbaren Widerspruch der juristischen und materiellen Auffassung der Römer

---

[69]) L. 7. D. d. fund. dotali (23. 5). Die res dotales gehörten in alten Zeiten ohne Zweifel zu den res fiduciariae. Die dos konnte nur durch mancipatio bestellt werden. Daher fassen denn auch die Römischen Juristen die dos aestimata, von der oben die Rede gewesen ist, als dos vendita auf. Auch diese Anschauung hat offenbar ihre historische Begründung. Vgl. Heft III. S. 54. 55.

[70]) L. 75. D. d. jur. dot. (23. 1).

[71]) L. 30. C. d. jure dot. (5. 12).

Digitized by Google

durch die Erfindung von Wörtern zu beseitigen, welche wirklich geglaubt haben, Alles sei in bester Ordnung, wenn man nur sage: die Ehefrau habe an den Dotalsachen ein „schlafendes", oder, was andere sogenannte „Träger" der Deutschen Rechtsüberzeugung vorgeschlagen haben, — der Ehemann habe ein „procuratorisches" Eigenthum daran[72]). Die Wahrheit ist: jener alte Satz ist nicht in das Deutsche Rechtsbewußtsein eingedrungen, und daher nicht recipirt. Der Ehemann hat nur die Detention der Dotalsachen, wie Jeder, dem Sachen zur Nutzung übergeben werden; während das Eigenthum der Ehefrau verbleibt; die Unfähigkeit des Ehemanns, den fundus dotalis zu veräußern, ferner das Vindicationsrecht der Ehefrau nach Aufhebung der Ehe sind als reine Consequenzen anzusehen; das Recht des Ehemannes, während der Ehe die Dotalsachen selbstständig zu vertreten, das allerdings dem Deutschen Rechtsbewußtsein entspricht, läßt sich sehr gut auf ein mandatum praesumptum zurückführen.

VII. Dem Begriff des Credits ist wesentlich, daß ein gegebener Werth zurückgeleistet wird. Auch der Tausch im weitesten Sinne des Worts besteht in Leistung und Rückleistung[73]).

Niemand kann zurückleisten, was er nicht empfangen hat. Wir haben aus diesem einfachen Satz die Bedeutung der exceptio non adimpleti contractus entwickelt und hätten hinzufügen können, daß die exceptio non numeratae pecuniae beim Darlehen und die exceptio non numeratae dotis denselben Sinn hat[74]). Aber jener Satz, den man seiner Einfachheit wegen

---

[72]) Puchta Pand. § 417. Not. g.

[73]) Heft III. S. 42.

[74]) Puchta Pand. § 305. 420.

Digitized by Google

faſt belächeln möchte, wie den erſten arithmetiſchen Grundſatz: daß jede Größe ſich ſelbſt gleich iſt, — jener Satz iſt in Wahrheit der erſte nationalökonomiſche und folgeweiſe der erſte juriſtiſche Grundſatz in der Lehre vom Credit[75]). Wenn Niemand zurückleiſten kann, was er nicht empfangen hat, ſo folgt weiter, daß Niemand *mehr* zurückleiſten kann, als er empfangen hat. Dies ergiebt, auf Tauſchverträge angewandt, Folgendes. Bei jedem Tauſchgeſchäft im weiteſten Sinne des Worts[76]) ſind die Contrahenten darüber einig, daß die von der einen und der andern Seite zu leiſtenden Gegenſtände einen *gleichen Werth* haben; nur die Form der Werthe ſoll gewechſelt werden. Keiner der beiden Contrahenten will dem andern *dem Werthe nach* mehr geben, als er zurückempfängt. Dabei denken wir natürlich nur an *redliche* Contrahenten, die nicht die Abſicht haben, ſich zu übervortheilen, alſo an *reelle* Tauſchgeſchäfte, wie ſie ſtets abgeſchloſſen werden *ſollten*[77]). Es ſchätzt alſo, um zunächſt vom *Kauf* zu reden, der Käufer, indem er einen beſtimmten Preis bietet, den Werth der Waare in Geld. Dabei ſetzt er eine beſtimmte Brauchbarkeit[78]) des Objects voraus, ſei es, daß dieſe Vorſtellung durch eine Verſicherung von Seiten des Verkäufers — welche bei den Römern **dictum promissum** heißt — hervorgerufen wird oder nicht. Ebenſo ſchätzt der conſentirende Verkäufer ſeine Waare zu demſelben Werth und geht

---

[75]) Je tiefer man in die Nationalökonomik und in die Jurisprudenz eindringt, deſto klarer ſpringt es in die Augen, daß beide Wiſſenſchaften, wie die Mathematik, aus ſehr wenigen *Grund*ſätzen und ſehr vielen *Folge*ſätzen beſtehen.

[76]) Heft III. S. 41.

[77]) Ein Verkäufer kann die Abſicht haben, dem Käufer ein Geſchenk zu machen, und deshalb unter dem Werth verkaufen. Auch von ſolchen Geſchäften iſt hier nicht die Rede.

[78]) Dieſe nennen die Römer **usus** oder **ministerium**. L. 1. § 8. D. h. t.

Digitized by Google

dabei ebenfalls von einer bestimmten Brauchbarkeit des Objects aus. Findet sich nun später, daß die Waare nicht die versprochene oder vorausgesetzte Brauchbarkeit und folglich nicht den vorausgesetzten Werth hat: so weigert sich der Käufer mit Fug und Recht, den vollen Preis zu zahlen, weil er sonst einen größern Werth zurückleisten würde, als er empfangen hat, — und dies soll eben nach der Meinung redlicher Contrahenten nicht geschehen. Was sich hier aus der Natur der Sache ergiebt, haben die Römer rechtlich sanctionirt. Sie gestatten dem Käufer von dem Kaufpreis einen Decort zu machen und falls er bereits bezahlt hat, diesen Betrag zurückzufordern. Die durch ein ädilicisches Edict eingeführte Klage für diesen Fall heißt: actio quanti minoris, welche, wenn der Preis noch nicht bezahlt ist, als Einrede, — exceptio quanti minoris dem Verkäufer entgegengesetzt werden kann. Es kann sich herausstellen, daß die Waare, weil sie die versprochene oder vorausgesetzte Brauchbarkeit nicht hat, für die Zwecke des Käufers (Consumenten) ganz unbrauchbar ist. Die Römer nehmen an, daß man eine Sache kauft, um sie zu einem bestimmten Zweck zu gebrauchen, also daß man sie um einer bestimmten Brauchbarkeit willen kauft, die man voraussetzt. Sie geben dem Käufer daher neben der actio quanti minoris ein Recht, den ganzen Handel aufzuheben. Die Klage, wodurch dies geschieht, heißt actio redhibitoria[79]). Der Käufer hat also zwischen beiden Klagen die Wahl. Kein redlicher Verkäufer wird gegen diese Ansprüche des Käufers den geringsten Einwand haben; aber die Unredlichkeit der Verkäufer hat den rechtlichen Zwang nothwendig gemacht. Causa hujus

[79]) Tit. Dig. 22. 1: de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris. Cod. 4. 58: de aedilitiis actionibus.

Digitized by Google

Edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis venditium, ſagt Ulpian, et emptoribus succurratur quicunque decepti a venditoribus fuerint. Allein dies iſt unrichtig. Es iſt weder der dolus des Verkäufers, noch der Irrthum des Käufers, worauf das Edict beruht, ſondern lediglich die Ungleichheit von Leiſtung und Gegenleiſtung und die Annahme, daß eine ſolche von redlichen Contrahenten nicht beabſichtigt werde. Ulpian ſchlägt ſich mit ſeinen eignen Worten, indem er hinzufügt: — dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae Aediles praestari jubent, tamen teneri debere[80]). Die Römer haben indeſſen über die Natur der Sache nicht den practiſchen Geſichtspunkt aus den Augen verloren. Würde der Käufer bei jedem kleinen Mangel die angeführten Klagen gebrauchen können: ſo wäre im Verkehr des Streitens kein Ende und kein Handel gegen Decort oder Aufhebung ſicher. Die Römer beſchränken daher die Klagen auf weſentliche Mängel, d. h. ſolche, die den Werth beträchtlich vermindern. Proinde, ſagt Ulpian vom Sclavenhandel, si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumve hominis impediat, id dabit redhibitioni locum, dummodo meminerimus, non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. Proinde levis febricula aut vetus quartana, quae tamen jam sperni potest vel vulnusculum modicum nullum habet in se delictum, quasi pronunciatum non sit; contemni enim haec potuerunt[81]). Eine mathematiſche Beſtimmtheit iſt hier unmöglich; die Frage: wo hier die Grenze liege, kann nur dem billigen Ermeſſen des Richters überlaſſen bleiben. Ferner geſtatten ſie dem Käufer

[80]) L. 1. § 2. eod.

[81]) L. 1. § 8. eod. Als weſentlicher Mangel eines Grundſtücks wird die Belaſtung deſſelben mit Servituten angeſehen. L. 61. eod.

Digitized by Google

nicht, den Verkäufer zu behelligen, wenn der fragliche Fehler so offen vorlag, daß der Käufer ihn bei einiger Aufmerksamkeit hätte entdecken müssen. Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, qui omnibus possit apparere, ut puta caecus homo venibat aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat in capite vel in alia parte corporis, ejus nomine non teneri Caecilius ait[82]). Dies beruht auf dem Grundsatz, daß Niemand aus eigner Verschuldung Ansprüche erheben kann: — stultis non succurritur[83]). Das Edict bezieht sich übrigens nur auf Käufe, welche über eine species geschlossen werden[84]). Bei Käufen über eine generisch bestimmte Waare ist überall kein practisches Bedürfniß nach einer actio quanti minoris oder redhibitoria vorhanden; hier läßt sich die Läsion des Käufers beseitigen, indem der Verkäufer die mangelhafte Leistung zurücknimmt und eine anderweitige Leistung vornimmt. Dies ist bei einem Kauf über eine species unmöglich; hier ist dem Käufer nur auf dem im Edict angegebenen Wege zu helfen. Wenn Labeo bemerkt, daß das Edict auf alle und jede Handels-Artikel ausgedehnt sei[85]), so ist damit nicht gesagt, daß es auf den Kauf in genere ausgedehnt ist. Unbedenklich aber ist das Edict auf den Kauf einer Forderung anzuwenden, vorausgesetzt, daß diese eine species ist, und nicht vielmehr eine Anzahl generisch bestimmter Forderungen[86]). Zeigt sich, daß der Schuldner schon insolvent war, als die Forderung gekauft wurde, oder der Gegenstand der For-

---

[82]) L. 14. § 10. eod.

[83]) L. 9. § 5. D. d. juris et facti ignorantia (22. 6).

[84]) L. 1. § 1. l. 38. pr. § 5. eod.

[85]) L. 1. pr. eod. Vgl. Heft III. S. 19. Note 47.

[86]) Heft III. S. 88.

Digitized by Google

bewirkt einen wesentlichen Fehler hatte: so müssen dem Käufer die ädilicischen Klagen gegeben werden.

Aus dem Princip, welches den ädilicischen Klagen zu Grunde liegt, folgt, daß sie analogisch auf den Fall des directen Tausches (permutatio) anzuwenden sind. Die Römer, denen jenes Princip unklar war, oder vielmehr, — welche das ädilicische Edict gar nicht als Consequenz eines höheren Princips auffaßten, halfen sich auf andere Weise, um die Analogie, deren Nothwendigkeit sie fühlten, zu rechtfertigen. Sie hielten fest an der factischen Voraussetzung des Edicts: Sciendum est, ad venditiones solas Edictum pertinere[87]); — Aediles pollicentur emptori actionem, sagt Ulpian; aber, fügt er hinzu, man muß den Tausch auffassen als zwei Käufe mit compensirten Preisen; jeden Contrahent ist rücksichtlich dessen, was er weggiebt, Verkäufer, rücksichtlich dessen, was er empfängt, Käufer, und daraus folgt die Anwendung des ädilicischen Edicts auf den Tausch. — si quis permutaverit, dicendum est, utrumque emptoris et venditoris loco habendum et utrumque posse ex hoc Edicto experiri[88]). Ulpian hilft sich also durch eine reine Fiction; denn es ist durchaus falsch, den Tausch als zwei Käufe mit compensirten Preisen aufzufassen. Wir bedürfen solchen Nothbehelfs nicht, nachdem wir das Princip des ädilicischen Edicts aufgefunden haben.

[87]) L. 63. eod.

[88]) L. 19. § 5. eod.

[89]) Eine Hauptaufgabe unserer Jurisprudenz ist, solche Fictionen der Römer zu beseitigen, und die Rechtssätze, welche die Römer auf diesem Wege, d. h. durch Selbsttäuschung zu deduciren suchten, durch Auffindung des Grundsatzes, — des allgemeinen Gedankens, aus dem sie geflossen sind, zu erklären.

Digitized by Google

Wenn ferner, wie wir früher ausgeführt haben [90]), Miethe Kauf ist, so muß auch bei der Miethe jenes Princip mit seinen Consequenzen hervortreten, und zwar sowohl bei der Sachenmiethe als bei der Dienstmiethe, wiewohl nicht bei der Miethe einer Quantität fungibler Sachen, z. B. dem zinsbaren Darlehen.

Und in der That, wir finden diese einfachen Consequenzen von den römischen Juristen ausgesprochen. Ergiebt sich nach abgeschlossenem Miethcontracte, daß die Productivdienste der res locata nicht der Art sind, wie der Miether voraussetzte, als er die merces bot, zeigt sich, daß die Productivdienste wesentliche Mängel haben, die ihren Werth bedeutend vermindern, so gestatten die Römer dem Miether das Miethsverhältniß aufzuheben, ja, es bedarf nicht einmal einer actio redhibitoria, sondern es genügt eine einseitige Willenserklärung des Miethers an den Vermiether, daß er vom Miethcontracte zurücktrete. Es ist ihm aber auch freigelassen, wenn er es vorziehen sollte, einen Abzug von der Miethe zu machen. Si vicino aedificante, sagt Gajus, obscurentur lumina coenaculi, teneri locatorem inquilino, certe quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. De mercedibus quoque, si cum eo agatur, reputationis ratio habenda est. Eadem intelligemus si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat [91]). Was ist dies Andres als die Anwendung des allgemeinen Princips, das dem ädilicischen Edict zu Grunde liegt, auf das Ver-

[90]) Heft II. S. 14.

[91]) L. 25. § 2. Vgl. l. 27. pr. eod.: ea conditione habitatorem esse, ut — — aliquam partem parvulam incommodi sustineret.

Digitized by Google

hältniß der Miethe? Man kann daher nicht fragen, ob das ädilitische Edict analogisch auf den Miether anzuwenden sei, sondern vielmehr, ob der Fortschritt, den die Römer beim Miethcontract gemacht haben, auch beim Kaufcontract in Anwendung zu bringen sei, — ob der lädirte Käufer statt durch die actio redhibitoria durch eine einfache Willenserklärung den Kaufcontract aufheben könne, wenn derselbe noch beiderseitig nicht erfüllt ist? Die Theorie des Civilrechts hat diese Frage zu bejahen. Denn man kann nicht annehmen, daß Römische Anschauungen, die von den Römern selbst schon berichtigt sind, in unser Deutsches Rechtsbewußtsein eingedrungen seien. Eine reine Consequenz ist bei Ländereien der Anspruch des Pächters auf Pachtnachlaß. Der Pächter kauft die immateriellen Productivdienste des Grundstücks, die Pacht ist ihr vereinbarter Werth; die von der einen Seite dem Pächter gewährten Productivdienste des Grundstücks werden vom Pächter in der Form des Geldes zurückgeleistet. Der Pächter kann nie mehr zurückleisten, als er empfangen hat. Hieraus haben wir schon an einem andern Ort die Folge gezogen, daß die Pacht erst nach Ablauf der Pachtzeit gefordert werden könne [92]), daß ferner, wenn die Leistung durch einen Zufall, der die res locata trifft, nicht weiter geleistet werden könne, nur für die bis dahin geleisteten die Pacht gefordert werden könne [93]). Mit diesen Fragen haben wir es hier nicht zu thun. Hier steht vielmehr der Fall zur Frage: Wenn der Pächter findet, daß das Grundstück die gekauften Productivdienste nicht in dem Maaße oder in der Art, wie dies beim Abschluß des Contracts vorausgesetzt worden, zu leisten vermag, daß die Productivdienste also einen

[92]) Heft II. S. 66.

[93]) Heft II. eod.

Digitized by Google

geringeren Werth haben, als in der Pachtsumme vereinbart worden, so weigert er sich, da nach Absicht redlicher Contrahenten die Pacht eine Rückleistung des Werths der Productivdienste sein soll, mit Fug und Recht die volle Pachtsumme zu zahlen. Er beansprucht Remission oder, was dasselbe ist, er macht einen angemessenen Decort. Dabei ist ganz gleichgültig, ob die Ursache, weshalb das Grundstück die gekauften Productivdienste nicht in dem Maaße oder in der Art, wie es beim Abschluß des Contracts vorausgesetzt worden, zu leisten vermag, gleich Anfangs als heimlicher Mangel der res locata vorhanden war oder erst später eingetreten ist, ob sie im letzteren Fall in einer culpa des Verpächters oder in einem casus beruht: — der Pächter kann nicht mehr zurückleisten, als er empfängt, d. h. er bezahlt nur die ihm wirklich geleisteten Productivdienste, und der redliche Verpächter kann ein Mehreres vom Pächter nicht verlangen. Die Sache stellt sich also hier bei der Pacht etwas anders, als beim Kauf, weil von dem Uebergange eines periculum casus auf den Pächter nicht die Rede sein kann [94]). Miethe ist Kauf, aber das Kaufobject ist immaterieller Natur. Die Productivdienste, die der Pächter kauft, werden mit ihrer jedesmaligen Entstehung sofort consumirt und sind daher einem casus gar nicht ausgesetzt [95]). Dem entsprechend entscheiden denn auch die Römischen Juristen [96]). Daß sie dem

[94]) Siehe Heft II. S. 45.

[95]) Heft II. S. 43. Ein casus kann nur hindern, daß die Productivdienste überhaupt zur Existenz kommen und vom Pächter consumirt werden.

[96]) L. 15. § 2. 3. D. Locati (19. 2): Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestari debeat. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, utputa fluminum, graculorum, sturnorum, et si quid simile acci-

Digitized by Google

Pächter den Anspruch auf Remission absprechen, wenn der Zufall ein gewöhnlicher oder für das verpachtete Grundstück ein gewöhnlicher ist, erklärt sich einfach daraus, daß die stillschweigende Absicht verständiger Contrahenten dahin geht: der Verpächter verspricht nur diejenigen Productivdienste, welche ländliche Grundstücke und in specie das verpachtete Grundstück beim gewöhnlichen Laufe der Dinge zu leisten vermag. Auch hier haben indessen die Römer über die Natur der Sache nicht den praktischen Gesichtspunct vergessen. Sie geben dem Pächter nicht das Recht, wegen jedes kleinen Nachtheils Ansprüche zu erheben: sie verlangen für die Pachtremission einen beträchtlichen Nachtheil des Pächters. Modicum damnum, sagt Gajus, aequo animo ferre debet colonus. Ein Anspruch auf Remission findet nur Statt: si plus, quam tolerabile est, laesi sunt fructus [97]). Aus demselben Princip, aus welchem die Pflicht des Verpächters zur Pachtremission folgt, folgt auch die Pflicht des Pächters zur Nachzahlung der remittirten Pacht, wenn eine spätere reichliche Ernte den Nachtheil ersetzt. Papinianus libro IV. responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino re-

derit, aut si incursus hostium fiat; si qua tamen vitia ex re ipsa oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur; sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum; si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit, sed et si ager tenrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse, oportere enim agrum praestare, ut frui possit.

97) l. 25. §. 6. eod. Vgl. cit. l. 27. pr. eod. (Note 91.)

Digitized by Google

missionem, sed integram pensionem etiam ejus anni, quo remisit exigendam. Da der Pächter das volle uti frui contractlich für eine bestimmte Pacht hat, so folgt, daß, wenn im letzten Jahre der Pachtperiode Mißwachs eintritt, während in allen vorausgehenden Jahren die Ernte sehr reichlich gewesen, der Verpächter dies nicht in Anrechnung bringen darf. Verius dicetur, sagt Papinian, — etsi superiores uberes fuerunt et sait locator, non debere eum ad computationem vocari [98]).

Ganz dieselben Fragen erheben sich bei der Dienstmiethe und müssen nach demselben Princip entschieden werden. Zeigt sich, daß der Dienende Mängel hat, welche den Werth seiner Dienste beträchtlich vermindern, so hat der Miether die Wahl, vom Lohn einen angemessenen Abzug zu machen oder das Dienstverhältniß aufzuheben. Ganz ebenso muß bei der locatio conductio operis entschieden werden. Wird ein Rohstoff hingegeben, damit daraus ein opus gefertigt werde, so hat der Besteller, wenn das opus wesentliche Mängel hat, die Wahl, vom beredeten Preise einen Abzug zu machen oder den Contract aufzuheben. Im letzteren Fall hat der Verfertiger den Werth des Rohstoffs zu ersetzen, kann aber die Herausgabe des mangelhaften opus verlangen, weil der Besteller sonst grundlos bereichert sein würde. Aus dem eigenthümlichen Character der loc. cond. operis folgt indessen, daß, wenn der Fehler noch verbessert werden kann, der Besteller nur ein Recht auf Contractserfüllung hat [99]). Auch bei der societas greift dasselbe

---

[98]) cit. l. 15. § 4. eod.

[99]) Wenn also z. B. Jemand Tuch zum Schneider schickt, damit er ein Kleidungsstück daraus verfertige, und ihm dann das opus mit wesentlichen Mängeln geliefert wird, so ist der Schneider zunächst nur verpflichtet, den Fehler zu verbessern (actio locati auf Contractserfüllung). Ist der Fehler unverbesserlich, so behält entweder der Besteller den Rock und macht einen

Digitized by Google

Princip ein. Wenn zwei Personen auf bestimmte Zeit eine Productiv-Gesellschaft eingehen, der eine socius das Capital, der andere die Arbeit zu conferiren hat, und sich nun ergiebt, daß dem letzteren die vorausgesetzten Fähigkeiten in beträchtlichem Grade abgehen, so hat der andere socius die Wahl, bei der Theilung des Gewinns einen angemessenen Abzug zu machen oder die Societät aufzuheben. Von einer Anwendung der ädilicischen Klagen, oder vielmehr des allgemeinen Gedankens, aus welchem jenes Edict geflossen ist, auf Dienstmiethe, locatio operis und die societas finden wir bei den Römern keine Spur.

Aus der vorstehenden Erörterung ergiebt sich, daß eine Menge practischer Rechtsfragen, welche auf den ersten Blick der heterogensten Natur zu sein scheinen, in einen einfachen Grundsatz zusammenfließen, aus dem sie mit größter Leichtigkeit zu entwickeln sind: Niemand kann mehr zurückleisten, als er empfangen hat. Die Römischen Juristen haben das gemeinschaftliche Princip aller jener Rechtsfragen nicht erkannt. Wenn dennoch ihre Entscheidungen damit in Einklang stehen, so ist dies unbewußt geschehen und beruht auf bloßem Tact des gesunden Verstandes. Andererseits ist aber ihre Principienlosigkeit wieder der Grund gewesen, daß sie eine Reihe von Fragen gar nicht entschieden haben. Unsere heutige Jurisprudenz steht auch hier ganz auf dem Standpunct der Römischen Juristen; sie trägt eine Menge innerlich verwandter Gegenstände an den verschiedensten Stellen des Systems vor und nur Wenige scheinen eine Ahnung davon zu haben, daß die ädilicischen Klagen,

---

Abzug vom Preise oder er giebt den Rock zurück und fordert Ersatz des Tuchs (actio quanti minoris und redhibitoria). Die Klage des Schneiders auf Herausgabe des fehlerhaften Rocks ist die condictio sine causa.

Digitized by Google

das Recht des einseitigen Rücktritts vom Miethcontract wegen Mängel der res locata, der Anspruch auf Pachtremission Dinge sind, welche logisch zusammen gehören und sich aus einem einfachen Grundsatz von selbst entwickeln.

Es ist oben nur von der Läsion des Käufers, — nur von dem Fall die Rede gewesen, wo sich findet, daß die Waare nicht die vom Käufer vorausgesetzte Brauchbarkeit habe; es sind nur die Mittel erörtert, welche das Recht dem lädirten Käufer giebt; wir haben uns bemüht, nur diese Rechtsmittel auf ein einfaches Princip zurückzuführen und demnächst die Anwendbarkeit des letzteren auf alle Tauschgeschäfte im weitesten Sinne des Worts nachzuweisen. Das gefundene Princip führt aber nothwendig zu dem Schlusse, daß der lädirte Verkäufer rechtlich ebenso zu behandeln ist, wie der lädirte Käufer. Findet der Verkäufer nach abgeschlossenem Geschäft, daß die Waare eine höhere Brauchbarkeit, als die von ihm vorausgesetzte, also einen höhern als den vereinbarten Werth hat, so weigert er sich mit Fug und Recht, die Waare gegen das vereinbarte pretium herauszugeben, weil er sonst einen höheren Werth zurückleisten würde als er empfängt. So z. B. wenn er einen Diamanten verkauft, den er irrthümlich für Quarz-Krystall oder ein Stück Gold, das er irrthümlich für Schwefelkies hält [100]). Nach einem bereits früher erwähnten Rescript Diocletian's hat denn auch der Verkäufer ganz analoge Rechte [101]). Ist der Handel vollzogen, so kann der Verkäufer verlangen, daß der Käufer

---

[100]) Heft III. S. 86. Note 260.

[101]) Im Uebrigen würden wir uns, auch wenn dieses Rescriptum Diocletiani nicht existirte, nach den Grundsätzen über Analogie vollkommen berechtigt halten, die Rechtssätze über die Läsion des Käufers auf die Läsion des Verkäufers anzuwenden, soweit nicht der verschiedene Character des Käufers und Verkäufers die Anwendung ausschließt.

Digitized by Google

nachzahlt, quod justo pretio deest, das heißt, was an dem wirklichen Marktwerth des verkauften Objects fehlt oder die Waare zurückgiebt. Er kann also mit andern Worten die Rescission des Geschäfts fordern, wenn der Käufer sich nicht entschließt, das — — quanti majoris zu bezahlen. Daß der Käufer hier die Wahl hat [102]) zwischen Redhibition und Nachzahlung erklärt sich daraus, daß der Verkäufer bei dem Handel einen andern Zweck hat, als der Käufer. Der Verkäufer will die Waare in Geld umsetzen, und daß er die Waare unter dem Marktpreis weggeschlagen hat, kann kein Grund sein, den ganzen Handel wieder aufzuheben; seine Absicht wird vollkommen realisirt, wenn er den vollen Werth der Waare empfängt. Der Käufer dagegen will ein Object von bestimmter Brauchbarkeit und, wenn sich ergiebt, daß diese nicht vorhanden ist, so bleibt, falls er gar keinen Gebrauch davon machen kann, Nichts übrig, als die Aufhebung des Geschäfts. Der Käufer muß also in beiden Fällen, sowohl wenn er selbst lädirt ist, als auch, wenn der Verkäufer lädirt ist, die Wahl haben, in jenem Fall zwischen der Redhibition und dem quantum minoris, in diesem Fall zwischen der Redhibition und dem quantum majoris. Auch hier erfordert die Zweckmäßigkeit, ähnlich, wie bei den ädilicischen Klagen des lädirten Käufers, — daß die vom Verkäufer übersehenen Vorzüge seiner Waare wesentliche seien, so daß die Waare einen bedeutend höhern Werth hat, als der beredete Preis beträgt. Die Frage: was unter „bedeutend" zu verstehen sei, ist hier nicht dem richterlichen Ermessen überlassen, wie in dem Fall, wo der Käufer lädirt ist, sondern als

---

[102]) l. 2. C. d. rer. vend. (4. 19): vel, si emptor elegerit, quod deest justo pretio, recipias.

Digitized by Google

eine laesio enormis ist festgesetzt: — wenn der vereinbarte Preis nicht die Hälfte vom wirklichen Marktwerth beträgt[103]).

So enthält dieses Rescript eine Ergänzung des erwähnten ädilicischen Edicts zu Gunsten des Verkäufers, eine Gleichstellung des lädirten Verkäufers mit dem lädirten Käufer. Diocletian hat aber an die Beziehung seines Rescripts zu den ädilicischen Klagen offenbar nicht gedacht. Das Rescript hat einen viel weiteren Umfang. Der Verkäufer wird nicht blos dann geschützt[104]), wenn er wegen übersehener wesentlicher Vorzüge der Waare enormiter lädirt ist, sondern er wird in jedem Falle geschützt, wo er enormiter lädirt ist; also auch dann, wenn er aus Noth oder aus Unkenntniß des Marktwerths so billig verkauft hat. Insofern enthält das Rescript ein allgemeines Preis-Reglement, einen Eingriff in den freien Gang des Verkehrs und in soweit ist seine Aufhebung ebenso wünschenswerth[105]), als die der erwähnten Lex Anastasiana. Das Rescriptum Diocletiani in dieser Allgemeinheit kann überdies den Verkäufer, den es schützen will, in die größte Verlegenheit versetzen. Wer wissentlich eine Sache unter der Hälfte ihres Werths verkauft, befindet sich in der Lage, daß der Verlust, den er durch den Verkauf erleidet, geringer ist, wie der Verlust, den er erleiden würde, wenn er die Sache gar nicht in Geld umsetzen könnte. So lange indessen dieses Rescript in seinem vollen wörtlichen Umfange als geltendes Recht behandelt wird, entsteht die doppelte Frage: 1) ob es analogisch auf den lädirten Käufer Anwendung findet, soweit

[103]) cit. l. 2. C.: — Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

[104]) Wie es nach reiner Analogie des ädilicischen Edicts sein müßte.

[105]) Heft III. S. 87.

Digitized by Google

es einen größern Schutz enthält, wie das ädilicische Edict, und 2) ob es analogisch auf alle und jede Tauschverträge anzuwenden ist, im weitesten Sinne des Worts. Beide Fragen sind unbedenklich zu bejahen. Daß es auf den lädirten Käufer anzuwenden ist, ergiebt sich aus den Worten: quia humanum est; der Käufer kann billigerweise verlangen, daß er ebenso human behandelt wird, wie der Verkäufer. Die Anwendung des Rescripts auf alle und jede Tauschverträge, namentlich auf permutatio und Miethe, bedarf kaum einer Rechtfertigung. Denn Tausch ist Tausch, gleichviel, welche Form die von der einen und der andern Seite zu leistenden Werthe haben mögen, und über die Frage, inwieweit der lädirte Contrahent zu schützen sei, die Form seiner Leistung entscheiden zu lassen, wäre eine reine Absurdität [106]). Bei der Anwendung des Rescripts auf den lädirten Käufer ist noch die Frage aufgeworfen worden: wann denn der Käufer als enormiter lädirt zu betrachten sei? Die Antwort ergiebt sich sehr leicht. Da der Verkäufer enormiter lädirt ist, wenn er dem Werthe nach weniger als die Hälfte dessen empfängt, was er weggiebt: so ist der Käufer ebenfalls enormiter lädirt, wenn er dem Werthe nach weniger empfängt, als die Hälfte von dem, was er weggiebt. Wenn also eine Waare, die 100 werth ist, für 49 verkauft wird, so liegt ein laesio enormis des Verkäufers vor; wird eine Waare, die 49 werth ist, für 100 gekauft, so liegt ein laesio enormis des Käufers vor. Wieweit die

---

[106]) Wenn also Jemand ein Grundstück zur vollsten Nutzung verpachtet, und es sich findet, daß es Productivkräfte von bedeutender Ergiebigkeit hat, welche dem Verpächter nicht bekannt gewesen sind, — z. B. es hat Salz- oder Mineral-Quellen — so kann er die Aufhebung des Pachtverhältnisses verlangen, wenn der Pächter nicht eine angemessene Erhöhung der Pacht bewilligt.

Digitized by Google

Contrahenten sich gegenseitig übervortheilen dürfen, folgt von selbst. Wenn es heißt: In emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere et ita invicem se circumscribere [107]), so ist dies dahin zu verstehen, daß man sich *läbiren*, aber nicht *enormiter* läbiren darf.

VIII. Der Credit ist seiner Natur nach ein freiwilliger.

Daher ist die Bestellung einer dos da, wo gesetzlicher *Zwang* zur Dotirung einer Ehefrau eintritt [108]), kein *Creditgeschäft*. In diesen Fällen entsteht durch die Bestellung der dos ein Verhältniß, welches *rechtlich* als ein Creditverhältniß *behandelt* wird.

IX. Wenn in dem Creditiren ein Vermiethen liegt, so liegt die Miethe mitunter versteckt.

Dies gilt auch für die Bestellung einer dos. Der Ehemann hat die Productivdienste der dos keineswegs *umsonst*; er leistet sie zurück in den Werthen, welche die onera matrimonii bilden und theilweise durch die Ehefrau consumirt werden. Es kommt über Eins hinaus, ob man sagt, die Productivdienste der dos sind eine Vergütung derjenigen Werthe, welche der Ehemann für seine Frau aufzuwenden hat, oder ob man sagt: der Ehemann hat für die Nutzung der Dotalgegenstände Miethe und Zins zu zahlen, die jedoch compensirt werden [109]). Es kann indessen pacisirt werden, der Ehemann solle die dos behalten; —

---

[107]) L. 22. § 3. D. Locati. (19, 2).

[108]) Vgl. Puchta Pand. § 217. Im Uebrigen kann der, welcher zu dotiren rechtlich verpflichtet ist, sehr wohl freiwillig dotiren. In welchen Fällen der gesetzliche Zwang eintritt, — diese Frage ist später zu erörtern in dem Capitel: „Einfluß der Cultur auf die Entwicklung des Rechts." —

[109]) Siehe oben S. 16. Note 43.

Digitized by Google

dann sind die Dotalgegenstände selbst, nicht deren Productivdienste, die Vergütung der onera matrimonii [110]).

X. Der Credit ist ein vertragsmäßig oder einseitig gegebener.

In dem Creditbegriff liegen die wesentlichen Bestandtheile eines Creditgeschäfts. Aber es ist nicht nothwendig, daß sich der Creditvertrag auf diese Essentialia negotii beschränkt, vielmehr werden in den meisten Fällen Nebenverträge nöthig, welche den Inhalt des Creditvertrags erweitern oder dessen Consequenzen beschränken. Solche Nebenverträge nennen die Römer pacta adjecta. Sie konnten bei den altrömischen Creditverträgen nicht vorkommen, aus Gründen, die wir bereits in der vorigen Abhandlung erörtert haben; statt ihrer finden wir einseitige Reservationen in bestimmter feierlicher Form. Die pacta adjecta entstanden erst mit den negotiis bonae fidei. Die Römische Jurisprudenz faßte sie als integrirende Theile des Hauptgeschäfts auf, so daß ihr Inhalt mit der Klage aus dem Hauptgeschäft geltend gemacht wurde. Die Klagbarkeit setzte daher wesentlich voraus, daß sie einem bonae fidei negotium in continenti hinzugefügt wurden. Solemus enim dicere, sagt Ulpian, pacta conventa inesse bonae fidei judiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint; ex intervallo non inerunt nec valebunt [111]). Dieses Requisit fällt heut zu Tage weg, weil der Grund der Klagbarkeit ein anderer ist.

[110]) Si extraneus de suo daturus sit dotem, sagt Paulus, — quidquid vult pacisci — — Legem enim suae rei dicit. L. 20. § 1. D. d. pactis dotal. (23. 4); vgl. l. 12. pr. eod.

[111]) L. 5. § 5. D. d. pact. (2. 14). Vgl. Papinian eod. — si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse.

Digitized by Google

Manche Nebenverträge gründen sich mit solcher Nothwendigkeit auf das jedem Creditor natürliche Bestreben, sich, gegenüber dem bösen Willen oder der Leichtfertigkeit des Schuldners, vor Nachtheil zu sichern, — andere folgen mit solcher Nothwendigkeit, theils aus dem Begriffe des Credits, theils aus der Natur des abgeschlossenen Creditgeschäfts und den dasselbe begleitenden Umständen, daß das Römische Recht den ausdrücklichen Abschluß solcher Nebenverträge überall nicht erfordert, sondern sie als stillschweigende unter verständigen Contrahenten sich von selbst verstehende Vereinbarungen ohne Weiteres berücksichtigt. Diese stillschweigende Meinung der Contrahenten nennen sie: id quod actum est [112]), im Gegensatz von: id quod dictum est; das Vertrauen des Einen Contrahenten gegen den Andern, dieser werde solche selbstverständlichen Verpflichtungen erfüllen, heißt bona fides und das Recht, welches diese bona fides schützt, wird insofern jus aequum et bonum genannt. Daher die Ausdrücke: bona fides non patitur; bonae fidei contrarium est. Der Fortschritt von den negotiis stricti juris zu den negotiis bonae fidei, — von dem Princip: daß nur der erklärte Wille der Contrahenten berücksichtigt werde, zu dem Princip: daß auch der stillschweigende Wille der Contrahenten beachtet werden müsse, ist ein Fortschritt in der Cultur des Römischen Volks. Die Römer haben sich von der Idee der negotia stricti juris nicht vollständig frei gemacht; Reste davon sind als practisches Recht in die Justinianische Compilation übergegangen [113]); aber kein Verständiger kann daran zweifeln, daß diese Ueberbleibsel nicht in das Deutsche

[112]) Siehe z. B. L. 21. D. d. hered. vel act. vendita (18. 4): — cum hereditas venit, tabrie hoc agi videbur! — —.

[113]) Z. B. der Satz, daß beim Darlehen keine Verzugszinsen gefordert werden können.

Digitized by Google

Rechtsbewußtsein übergegangen sind. Alle Verträge sind heut zu Tage negotia bonae fidei[114]). Es ergiebt sich, daß der Inhalt aller Creditgeschäfte in Essentialia, Naturalia und Accidentalia negotii zerfällt. Wir beschränken uns hier, diejenigen stillschweigenden pacta adjecta zu erörtern, welche bei den meisten oder doch bei vielen Creditgeschäften vorkommen[115]).

1) Der Creditor vertraut, wenn das creditirte Object in specie restituirt werden soll, dem Schuldner nicht bloß einen Werth an, sondern auch die Sorge für die Erhaltung des Objects, woran der Werth geknüpft ist. Die Pflicht des Schuldners versteht sich so sehr von selbst, daß verständige Contrahenten darüber nicht einmal eine Verabredung treffen werden. Wenn der Schuldner nicht diese Verpflichtung übernehme, würden dergleichen Creditverhältnisse überall nicht eingegangen werden; Niemand würde eine Sache vermiethen, ausleihen, deponiren, als Faustpfand hingeben; Niemand würde eine Sache kaufen, ohne sie sich sofort tradiren zu lassen. Die Römer haben daher die Sorge für die Erhaltung der anvertrauten Sache dem Schuldner zur rechtlichen Pflicht gemacht und diese Pflicht auf die bona fides der Contrahenten

---

114) Merkwürdiger Weise sind viele Juristen der Ansicht, daß wir im Wechselrecht das Princip der bona fides wieder verlassen hätten und zum strictum jus zurückgekehrt seien. Solche Juristen haben eine höchst mangelhafte Vorstellung vom Wesen des Wechsels und des Wechselcontracts. Die Wechselstrenge beruht grade auf der stillschweigenden Meinung der Contrahenten, d. h. der bona fides. Ein Wechselschuldner, der Einreden vorschützt, die das Wechselrecht verwirft oder ad separatum verweist, handelt contra bonam fidem und man kann ihm mit Recht die replica doli entgegensetzen.

115) Von den pactis adjectis, welche ausdrücklich abgeschlossen werden, sind von besonderer Wichtigkeit: das pactum displicentiae, die in diem addictio und die lex commissoria. Siehe hierüber Puchta Pand. § 263.

Digitized by Google

zurückgeführt. Nach älterem Römischen Recht fand, wenn ein Creditgeschäft, z. B. ein Depositum durch mancipatio abgeschlossen wurde, im Fall einer Deterioration der res mancipata überall kein rechtlicher Anspruch weiter Statt [116]). Es lag also in einer solchen Mancipation ein großes Vertrauen, und eben deshalb wurde ein solches Geschäft auch Fiducia und die anvertraute Sache fiduciaria genannt. Man begreift, daß dieser Zustand dem Verkehr ein bedeutendes Hinderniß war; die fiducia konnte außer im Fall der Noth [117]) nur unter Freunden und Bekannten geschlossen werden. Es war daher dringendes Bedürfniß, aus einem solchen Geschäfte eine Klage einzuführen, welche den Mancipanten gegen die mala fides des Fiduciars sicher stellte. Es war dies die actio fiduciae [118]), wahrscheinlich die erste actio bonae fidei, welche eingeführt worden ist [119]). Mit ihr ist daher auch die Unterscheidung: actio stricti juris (condictio) und actio bonae fidei entstanden. Als die Fiducia, wie bereits früher

---

[116]) Weil der Fiduciar Eigenthümer der Sache wurde, konnte er sie sogar veräußern. Wenn in einem solchen Falle die Sache durch irgend ein Ereigniß in den Besitz des Creditors (Mancipanten) zurückkehrte, bedurfte es einer besondern Ersitzung, um daran das Eigenthum wieder zu erwerben. Die usucapio hieß in diesem Fall usu-receptio. Gaj. II. 59. Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. Nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit, — — si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, et si soli sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus, per usucapionem.

[117]) Z. B. wenn man genöthigt war, eine Anleihe zu machen und ein Pfand zu geben, — cum creditore. Vgl. Heft III. S. 57.

[118]) Gaj. IV. 62.

[119]) Diese actio fiduciae hieß, wo es sich um die Restitution der dos handelte, actio rei uxoriae. L. un. C. d. rei uxoriae act. (5. 13). Ursprünglich konnte die dos nur mit der conditio sine causa zurückgefordert werden; daneben trat später die act. ex stipulata, indem man sich die Restitution der dos ausdrücklich stipulirte. Dazu kam die eben angeführte actio bonae fidei.

Digitized by Google

bemerkt ward, sich in eine Reihe besonderer Real-Contracte: — depositum, commodatum, pignus, auslöste, ward auch die actio fiduciae durch die actiones depositi etc. verdrängt[120]).

Die Pflicht des Schuldners, für die Erhaltung der ihm anvertrauten Sache zu sorgen, kann indessen durch den besondern Zweck des Creditgeschäfts in einem gewissen Grade cessiren. Der Schuldner kann zur Deterioration der Sache berechtigt, ja er kann zur theilweisen oder gänzlichen Consumption derselben verpflichtet sein.

a. Wem eine Sache zu dem Zweck anvertraut wird, damit er deren Productivdienste (im vollen oder beschränkten Maaße) consumire, — ut utatur, oder fruatur, der ist auch zu einer theilweisen Consumption der Sache selbst befugt. Denn eine Nutzung von Sachen ist unmöglich ohne Abnutzung. Bei der Miethe kehrt der durch Abnutzung consumirte Werth in einem Theil der Miethe an den Gläubiger (Vermiether) zurück. Eine Consequenz hieraus ist also der Satz, daß der Miether die Reparaturkosten nicht zu tragen hat[121]). Die Reparaturkosten stecken schon in der Miethe. Würde also der Miether noch neben der Miethe die Reparaturkosten bezahlen, so würde der Vermiether diese doppelt bezahlt erhalten. Was vom Miether gilt, gilt auch vom Commodatar;

[120]) Die actio rei uxoriae ist von Justinian aufgehoben. Die Klage auf Restitution der dos sollte stets actio ex stipulatu heißen, aber als actio bonae fidei behandelt werden. Cit. l. un. pr. § 2. C. rei uxor. act. 5. — Rei uxoriae itaque actione sublata, sancimus, omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio sive non, ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsecuta. — — Sed etsi non ignoramus, ex stipulatu actionem stricto jure esse vallatam, et non ex bona fide descendere, tamen, quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit, accommodetur ei a natura rei uxoriae etiam bonae fidei beneficium.

[121]) L. 35. pr. D. Loc. cond. (19. 2).

Digitized by Google

denn das Commodat unterscheidet sich von der Miethe nur dadurch, daß dem Commodatar die merces geschenkt wird. Es fragt sich aber in diesen Fällen: wo liegt die Grenze der Abnutzungsbefugniß? Wie weit geht die erlaubte, und wo beginnt die unerlaubte Deterioration? Ehe diese Frage beantwortet werden kann, ist eine Vorbemerkung nöthig.

Jeder Gegenstand, welcher zur Nutzung weggegeben wird, soll dem Empfänger als Werkzeug zur Production, entweder immaterieller oder materieller Werthe dienen. Dies gilt auch von Grundstücken jeder Art, mögen es Gebäude oder landwirthschaftliche Grundstücke sein. Denn ein Grundstück ist, wie jede bewegliche Sache, ebenfalls ein Werkzeug zur Production im weitesten Sinne des Worts. Jedes Werkzeug hat nun seine bestimmte und eigenthümliche Brauchbarkeit, welche es entweder von vornherein besitzt oder durch Umgestaltung der Form durch Menschenhand empfangen hat, um in einer bestimmten Weise der Production zu dienen. Wir nennen dies die Natur der Sache. Es giebt Gegenstände, deren Natur nur eine beschränkte Nutzung, und solche, die eine vielseitige Nutzung zulassen, welche nur einem bestimmten Productionszweige, welche vielen und welche allen möglichen Productionszweigen dienen. So kann man mehr oder weniger nützliche Sachen unterscheiden, und eine Sache nennt man sehr nützlich, wenn sie eine vielseitige Brauchbarkeit zuläßt. So ist ein Haus eine sehr nützliche Sache, weil jeder Producent, in welchem Productionszweige er auch arbeiten möge, nothwendig als Werkzeug eine Wohnung bedarf, um produciren zu können, wenn nicht besonders climatische Verhältnisse dies überflüssig machen. Es giebt Werkzeuge, die ihrer Natur nach nur der Agricultur-Industrie als Werkzeug dienen, z. B. Pflug und Egge, ein fruchttragendes Feld. Das Schiff ist ein Werkzeug, welches vorzugsweise der Handelsindustrie

Digitized by Google

dient. Von besonderer Wichtigkeit sind hier die Ländereien als Werkzeuge. Sie können je nach den verschiedenen Producten, zu deren Erzeugung sie dienen, wieder eine sehr verschiedene Natur haben. Die Nationalökonomik nimmt den Ausdruck Agricultur-Industrie in einem sehr weiten Sinne; sie umfaßt auch den Bergbau und die Fischerei, Jagd- und Viehzucht. Andererseits zerfällt die Agricultur-Industrie wieder nach der verschiedenen Art der Producte in Getreide-, Obst-, Gemüse-, Wiesen-Bau, Forstwirthschaft, und die letztere kann es wieder zu thun haben mit der Erzielung von Brenn-, Nutz- oder Bauholz. Eine ebenso verschiedene Natur können die Ländereien haben, und es kann Grundstücke geben, welche geeignet sind, allen jenen Zweigen der Agricultur-Industrie als Werkzeug zu dienen. Wenn ein Gegenstand seiner Natur nach in verschiedenen Richtungen und für verschiedene Productionszweige als Werkzeug dienen kann, so ist doch möglich, daß ihr Eigenthümer sie als specielles Werkzeug zu einer speciellen Productions-Art bestimmt und ihr eine dem entsprechende Gestalt giebt. Aus den Fragmenten der Römischen Juristen ergiebt sich nun, daß sie den Grundsatz festhalten: Wem eine Sache zur (beschränkten oder vollsten) Nutzung übergeben wird, darf sie 1) nur zu solchen Productionen nutzen, wozu sie ihrer Natur nach als Werkzeug zu dienen geeignet ist. Es darf also z. B. der Pächter eines landwirthschaftlichen Grundstücks Obstbäume nicht abhauen, um sie als Brennholz zu benutzen; eben so wenig Gebäude niederreißen, welche sich auf dem Grundstück befinden. Non debet neque arbores frugiferas excidere neque villam diruere[122]). 2) Wenn der Creditor eine zu verschiedenen Productionszweigen geeignete Sache als specielles

[122]) L. 7. § 4. D. d. usufr. (7. 1).

Digitized by Google

denn das Commodat unterscheidet sich von der Miethe nur dadurch, daß dem Commodatar die merces geschenkt wird. Es fragt sich aber in diesen Fällen: wo liegt die Grenze der Abnutzungsbefugniß? Wie weit geht die erlaubte, und wo beginnt die unerlaubte Deterioration? Ehe diese Frage beantwortet werden kann, ist eine Vorbemerkung nöthig.

Jeder Gegenstand, welcher zur Nutzung weggegeben wird, soll dem Empfänger als Werkzeug zur Production, entweder immaterieller oder materieller Werthe dienen. Dies gilt auch von Grundstücken jeder Art, mögen es Gebäude oder landwirthschaftliche Grundstücke sein. Denn ein Grundstück ist, wie jede bewegliche Sache, ebenfalls ein Werkzeug zur Production im weitesten Sinne des Worts. Jedes Werkzeug hat nun seine bestimmte und eigenthümliche Brauchbarkeit, welche es entweder von vornherein besitzt oder durch Umgestaltung der Form durch Menschenhand empfangen hat, um in einer bestimmten Weise der Production zu dienen. Wir nennen dies die Natur der Sache. Es giebt Gegenstände, deren Natur nur eine beschränkte Nutzung, und solche, die eine vielseitige Nutzung zulassen, welche nur einem bestimmten Productionszweige, welche vielen und welche allen möglichen Productionszweigen dienen. So kann man mehr oder weniger nützliche Sachen unterscheiden, und eine Sache nennt man sehr nützlich, wenn sie eine vielseitige Brauchbarkeit zuläßt. So ist ein Haus eine sehr nützliche Sache, weil jeder Producent, in welchem Productionszweige er auch arbeiten möge, nothwendig als Werkzeug eine Wohnung bedarf, um produciren zu können, wenn nicht besonders climatische Verhältnisse dies überflüssig machen. Es giebt Werkzeuge, die ihrer Natur nach nur der Agricultur-Industrie als Werkzeug dienen, z. B. Pflug und Egge, ein fruchttragendes Feld. Das Schiff ist ein Werkzeug, welches vorzugsweise der Handelsindustrie

Digitized by Google

dient. Von besonderer Wichtigkeit sind hier die Ländereien als Werkzeuge. Sie können je nach den verschiedenen Producten, zu deren Erzeugung sie dienen, wieder eine sehr verschiedene Natur haben. Die Nationalökonomik nimmt den Ausdruck Agricultur-Industrie in einem sehr weiten Sinne; sie umfaßt auch den Bergbau und die Fischerei, Jagd- und Viehzucht. Andererseits zerfällt die Agricultur-Industrie wieder nach der verschiedenen Art der Producte in Getreide-, Obst-, Gemüse-, Wiesen-Bau, Forstwirthschaft, und die letztere kann es wieder zu thun haben mit der Erzielung von Brenn-, Nutz- oder Bauholz. Eine ebenso verschiedene Natur können die Ländereien haben, und es kann Grundstücke geben, welche geeignet sind, allen jenen Zweigen der Agricultur-Industrie als Werkzeug zu dienen. Wenn ein Gegenstand seiner Natur nach in verschiedenen Richtungen und für verschiedene Productionszweige als Werkzeug dienen kann, so ist doch möglich, daß ihr Eigenthümer sie als specielles Werkzeug zu einer speciellen Productions-Art bestimmt und ihr eine dem entsprechende Gestalt giebt. Aus den Fragmenten der Römischen Juristen ergiebt sich nun, daß sie den Grundsatz festhalten: Wem eine Sache zur (beschränkten oder vollsten) Nutzung übergeben wird, darf sie 1) nur zu solchen Productionen nutzen, wozu sie ihrer Natur nach als Werkzeug zu dienen geeignet ist. Es darf also z. B. der Pächter eines landwirthschaftlichen Grundstücks Obstbäume nicht abhauen, um sie als Brennholz zu benutzen; eben so wenig Gebäude niederreißen, welche sich auf dem Grundstück befinden. Non debet neque arbores frugiferas excidere neque villam diruere[122]). 2) Wenn der Creditor eine zu verschiedenen Productionszweigen geeignete Sache als specielles

[122]) L. 7. § 4. D. d. usufr. (7. 1).

Digitized by Google

Werkzeug zu einer speciellen Productions-Art bestimmt und ihr eine dem entsprechende Gestalt gegeben hat: so darf sie durch die eingeräumte Nutzung nicht in dieser ihrer speciellen Eigenschaft deteriorirt werden. Die Römischen Juristen entscheiden daher, daß, wenn ein bisher zum Ackerbau benutztes Grundstück zur Nutzung übergeben wird und es sich findet, daß das Grundstück zur Anlage von Steinbrüchen, Kalkgruben u. dgl. geeignet sei, es dem Fructuar freistehe, dergleichen Anlagen herzurichten; aber fügt Ulpian beschränkend hinzu: si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est; — si nihil agriculturae nocebit[123]). Ferner heißt es, der Fructuar dürfe Park-Anlagen und dergleichen immaterielle Genüsse gewährende Einrichtungen nicht abräumen, um den Boden zur Erzielung materieller Producte zu benutzen. Et si forte voluptati fuit praedium, viridaria vel gestationes vel deambulationes infructuosis arboribus opacas atque amoenas habens, non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat vel aliud quid, quod ad reditum spectat[124]). Der Fructuar eines Wohnhauses darf dasselbe nur als solches nutzen und nur als solches weiter vermiethen; er darf es nicht zu irgend einem speciellen Productionszweige als Werkstätte benutzen oder als solche vermiethen. So darf er, bemerkt Ulpian, wenn ein Bad sich darin befindet, es nicht

---

[123]) L. 13. § 5. eod. Inde est quaesitum, an lapidicinas vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse (fructuarius) instituere possit? Et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum et hujusmodi metallorum inquirere poterit; ergo et auri et argenti et sulphuris et aeris et ferri et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit.

[124]) cit. l. 13. § 4. eod.

Digitized by Google

als öffentliche Bade-Anstalt vermiethen, ebensowenig, wie er befugt sei, es als Pferdestall zu benutzen[125]). Das Recht der Nutzung umfaßt übrigens nicht das Recht der Melioration. Et si forte, heißt es, in hoc, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis vel arbustis vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec dejicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem[126]).

Nachdem so festgestellt worden, wie Jemand, dem eine Sache zur Nutzung anvertraut worden, sie nutzen darf, ist die oben aufgeworfene Frage zu beantworten: wenn er sie richtig nutzt, — wie weit darf er sie abnutzen? — Wenn Jemand ein gemiethetes Wohnhaus zum Wohnen benutzt, — in wie weit darf er es abnutzen? Wenn Jemand ein zum Ackerbau sich eignendes und dazu bestimmtes Landgut pachtet und nur zum Ackerbau nutzt, — in wie weit darf er es deterioriren? Die Römer beantworten diese Frage dahin: — er hat rücksichtlich der Abnutzung als „guter Wirth" zu verfahren, — boni viri arbitratu[127]), d. h. er muß die Sache mit möglichster Schonung gebrauchen. Er ist zu derjenigen Abnutzung befugt, welche ein guter Wirth beim Betriebe der Production, der die fragliche Sache als stehendes Capital dient, nicht vermeiden kann. In vielen Fällen kann ein gewöhnlicher Mensch nach jenem Maßstab entscheiden; oft aber sind besondere

---

[125]) cit. l. 13. § 8. eod.

[126]) cit. l. 13. § 5. eod.

[127]) L. 1. pr. D. Usufructuarius quemadmod. (7. 9): — cavere, usurum se boni viri arbitratu. Vgl. l. 25. § 3. eod. Daher muß er auch diejenigen Abnutzungen, welche sich bei ordnungsmäßigem Gebrauch von Zeit zu Zeit wiederholen und von einem guten Wirthe sofort reparirt zu werden pflegen, auf seine eignen Kosten wieder ausbessern, während er im Uebrigen nicht zu Reparaturen verpflichtet ist. So hat der Pächter das Gut alljährig zu bedüngen, um die geminderte Productivität des Bodens zu ersetzen; wer ein Pferd miethet, hat es gehörig zu füttern.

Digitized by Google

Kenntniſſe erforderlich, um zu beurtheilen, ob man ſtehendes Capital als vir bonus gebraucht hat. So z. B. wird die Frage: ob die Deterioration eines verpachteten Landguts in einer ſchlecht geführten Wirthſchaft beruhe, nicht ſelten nur durch ſachverſtändige Landwirthe entſchieden werden können[128]). Die Nutzungs-, wie die Abnutzungs-Befugniß beruht auf ſtillſchweigender Vereinbarung verſtändiger Contrahenten[129]).

b. Man kann zur Conſumption creditirter Gegenſtände verpflichtet ſein. Dies iſt der Fall, wenn die Gegenſtände als ein Capital übergeben werden, um damit für Rechnung des Creditors Werthe zu produciren. Hier werden dem Schuldner Werthe anvertraut, damit er ſie conſumire. Denn keine Production iſt möglich ohne Conſumption von Capitalgegenſtänden. Wie weit der Schuldner zur Conſumption verpflichtet iſt, darüber entſcheidet der ausdrückliche oder präſumptive Wille des Creditors. In letzterer Hinſicht kommt namentlich in Betracht, ob das Capital lediglich zur Adminiſtration oder zu einer Production von Werthen im weiteren Sinne übergeben wird. Niemals aber iſt der Schuldner, da er nur zum Zweck der Production conſumiren darf, zu Schenkungen an dritte Perſonen berechtigt[130]).

---

[128]) Vgl. L. 25. § 3. D. Locati (19. 2): Ante omnia conductor curare debet, ut opera rustica suo quoque tempore faciat, ne intempestiva cultura deteriorem fundum faceret.

[129]) Die Theorie des Civilrechts iſt zu tadeln, wenn ſie dieſe Nutzungs- und Abnutzungsbefugniß beim ususfructus mit großer Ausführlichkeit beſpricht, während ſie dieſen Punkt beim Pachtverhältniß nur obenhin berührt. Der angehende Juriſt geräth dadurch in den Irrthum, als ob hier vom Pächter etwas ganz Anderes gelte, wie vom Uſufructuar. Vgl. Puchta Pand. § 181 und § 366.

[130]) L. 7. pr. D. d. donat. (39. 5.): Filiusfamilias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat; non enim ad hoc ei conceditur libera peculii administratio, ut perdat.

Digitized by Google

Soweit der Schuldner nicht zur Consumption der anvertrauten Sache berechtigt oder verpflichtet ist, also soweit die Consumption nicht auf dem Willen des Creditors beruht, übernimmt der Schuldner die rechtliche Pflicht, für die Erhaltung der Sache Sorge zu tragen. Diese Pflicht heißt diligentia und deren Vernachlässigung culpa oder negligentia, und wenn sie eine absichtliche ist, dolus. Culpa in einem engeren Sinne bezeichnet einerseits den Gegensatz gegen den dolus und andererseits gegen den casus. Daher heißt es: Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum [131]). Ferner: Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis major non venit [132]). Die specielle Sorge, daß die Sache nicht abhanden komme, heißt custodia. So giebt es eine diligentia und culpa in custodiendo [133]). Wenn der Schuldner die Sache einem Dritten anvertraut: so heißt die Sorgfalt in der Auswahl dieses Individuums diligentia in eligendo [134]). Die Pflicht, zur Erhaltung des anvertrauten Objects zu sorgen, wird ausgedrückt durch: diligentiam oder culpam praestare [135]). Was den Grad der anzuwendenden Diligenz

---

[131]) L. 5. § 2. D. Commodati. (13. 6).

[132]) L. 13. § 1. D. d. pign. act. (13. 7).

[133]) Mitunter wird die custodia noch von der culpa getrennt, wie in cit. l. 13. § 1.

[134]) L. 21. § 3. D. d. neg. gest. (3. 5.): — — quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti negligentia ejus fecit, tu mihi praestes.

[135]) cit. l. 5. § 2. D. Commod. (13. 6.): — et culpam praestandam et diligentiam. Wenn, wie hier, beide Ausdrucksweisen verbunden sind, so liegt darin kein bloßer Pleonasmus. Dies ergiebt sich evident aus der scharfen Trennung: et culpam et diligentiam. Der Sinn kann hier also kein anderer sein, als der: der Commodatar haftet sowohl für culpa in faciendo, als auch für culpa in non faciendo.

Digitized by Google

betrifft: so haben die Römer sehr practisch einen objectiven Maaßstab aufgestellt. Dieser ist: die Diligenz des „guten Wirths" — eines bonus et diligens paterfamilias. Die Vernachlässigung dieser Diligenz heißt culpa levis[136]). Nur ausnahmsweise berücksichtigen sie die individuelle Diligenz des Schuldners[137]) — quam suis rebus adhibere solet. Dies geschieht in drei Fällen, in denen das Creditverhältniß nur mit besonderer Berücksichtigung der Individualität dessen, dem die Werthe anvertraut werden, entsteht. So haftet der Ehemann wegen der ihm zur Nutzung anvertrauten Dotalsachen und der ihm von der Ehefrau zur Verwaltung anvertrauten Güter — der sog. Paraphernalien nur für diligentia quam suis rebus; ebenso der socius rücksichtlich der ihm vom andern socius zu Societätszwecken übergebenen Gegenstände; endlich der Vormund rücksichtlich des ihm zur Administration übergebenen Vermögens seines Pupillen[138]). In allen diesen Fällen nehmen die Römer an, daß der Creditor sich mit der individuellen Diligenz des Schuldners begnüge. Andererseits legen sie in einzelnen Fällen nicht den Maaßstab des „guten Wirths", sondern einen andern objectiven Maaßstab an, indem sie den Schuldner nur zu derjenigen Sorgfalt verpflichten, welche ein gewöhnlicher Mensch ohne besondere Kenntnisse anzuwenden pflegt. Die Vernachlässigung dieser Diligenz nennen sie culpa lata[139]). Diesen Maaßstab legen sie da

---

[136]) Puchta Pand. § 266.

[137]) Die des Gläubigers niemals, da begreiflich Niemand sich die Individualität eines Andern aneignen kann.

[138]) Puchta Pand. § 267.

[139]) L. 213. § 2. D. d. V. S. (50. 16): Lata culpa est nimia negligentia, i. e. non intelligere, quod omnes intelligunt. Die lata culpa wurde mit dem dolus gleich behandelt. L. 32. D. Depositi (16. 3.): Quod

Digitized by Google

an, wo das Creditverhältniß auf reiner Gefälligkeit des Schuldners beruht. So lassen sie den Depositar nur für lata culpa haften [140]). Man hat gemeint, die geringere Haftung des Schuldners beruhe hier darauf, daß es unbillig sei, Jemand, der einen unentgeldlichen Dienst leiste, mit der strengen Diligenz eines bonus paterfamilias zu belästigen. Richtiger ist wohl dies als eine Maaßregel der Klugheit aufzufassen: — man bekommt leichter einen Depositar, wenn er nur für lata culpa haftet. Wir halten diese Auffassung deshalb für richtiger, weil sich daraus ganz von selbst erklärt, was in den Lehrbüchern platt und unmotivirt hingestellt wird, — daß dem Depositar, der sich aufdringt oder anbietet, jener Vortheil nicht zu Theil wird [141]). Verlangt der Creditor, von diesem Falle abgesehen, eine stärkere Diligenz vom Depositar: so muß er dies besonders precisciren. Dies geschah stillschweigend dadurch, daß er sich statt des Ausdrucks deponere des Ausdrucks mandare rem bediente. Daß der Mandatar für levis culpa haftet [142]), ist daher nicht als unerklärliche Anomalie anzusehen. Wir gerathen nur dadurch in Gefahr getäuscht zu werden, daß wir unser Wort „beauftragen" mit dem Römischen Ausdruck „mandare" identificiren.

Daß der Precarist nach Römischem Recht nur für dolus haftet, während der Commodatar für levis culpa haften muß, rührt daher, daß die Römer ursprünglich das precarium als

---

Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur.

140) L. 23. D. d. R. J. (50. 17). Contractus quidam dolum malum solum recipiunt, quidam et dolum et culpam, dolum tantum depositum — —.

141) L. 1. § 35. D. Depositi (16. 3).

142) L. 5. 46. D. Mandati (17. 1).

Digitized by Google

etwas rein Factisches ansahen [143]) und diese Anschauung conservirten, als sich allmählig die einzelnen Creditverträge ausbildeten. Es konnten daher die Grundsätze von der culpa, welche sich für Creditverträge entwickelten, nicht angewandt werden auf ein Geschäft, das man nicht als einen Contract ansah. Man sollte füglich erwarten, die Römer hätten jenen Satz beseitigt, als sie anfingen das precarium zu den Innominat-Contracten [144]) zu rechnen [145]). Allein sie haben sich nicht entschließen können, die alte historische Ruine fahren zu lassen. Sie ist daher mit in die Justinianeische Compilation übergegangen. Es kann indessen wohl Niemand der Ueberzeugung sein, daß der alte Satz in die Rechtsüberzeugung des Deutschen Volks übergegangen und als recipirt zu betrachten sei. Die Deutsche Rechtsüberzeugung weiß rücksichtlich der Haftung für culpa Nichts von einem Unterschiede zwischen commodatum und precarium [146]).

Die einfache Verpflichtung des Schuldners, für die Erhaltung der Sache zu sorgen, würde wenig nützen, wenn nicht gleichzeitig ein hinlänglicher indirecter Zwang bestände, daß er diese Pflicht auch erfülle. Dieser Zwang liegt in der

---

[143]) Heft II. S. 21. Note 65. L. 14. D. d. precario (43. 26): — magis enim ad donationis et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectet precarii conditio.

[144]) Heft III. S. 63.

[145]) L. 1. § 3. l. 2. § 2. l. 19. § 2. D. eod.

[146]) Die Versuche der Römischen Juristen, jenen Satz zu erklären, sind ganz unverständlich. Nec immerito dolum solum praestat is, qui precario rogavit, quum totum ex liberalitate descendat ejus, qui precario concessit et satis sit, si dolus tantum praestatur. L. 8. § 3. eod. Puchta hat eine Dunkelheit an die Stelle einer anderen gesetzt. Wenn er die Haftung des Precaristen (blos für dolus) dadurch erklärt, daß das precarium nur „ein unvollkommnes obligatorisches Band" begründe: so ist dies Nichts weiter als eine Phrase. Puchta, Pand. § 267.

Digitized by Google

weiteren rechtlichen Verpflichtung des Schuldners, die durch Vernachläſſigung der ihm obliegenden Diligenz verurſachte Deterioration, Vernichtung, oder Entwerthung der Sache zu erſetzen. Auch dieſe Erſatzpflicht wird von den Römern ausgedrückt durch praestare diligentiam oder culpam. Wir haben früher hervorgehoben, daß die Klage, actio, auf Reſtitution des creditirten Werths das erſte unumgänglich nothwendige Mittel zur Begründung des Credits ſei[147]); wir fügen jetzt hinzu, daß da, wo der anvertraute Werth eine res corporalis iſt, die in specie reſtituirt werden ſoll, die eventuelle Klage auf Erſatz des ganz oder theilweiſe zerſtörten Werths eine weitere ebenſo nothwendige Maßregel iſt. Ohne ſie würde ein derartiges Creditverhältniß nur unter Bekannten und Freunden entſtehen können. Dieſe rechtliche Pflicht zum Erſatz des Intereſſes iſt eine durchaus ſelbſtändige und von dem eigentlichen Creditverhältniß zu trennende. Eine anvertraute Sache reſtituiren und im Fall ihrer Zerſtörung den Werth erſetzen, iſt zweierlei. Wir müſſen wiederholen: — was der Schuldner zu leiſten hat, iſt nicht ein abſtracter Werth, der ipso jure ohne Rückſicht auf das Schickſal der anvertrauten Sache beanſprucht werden kann. Dieſe unrichtige Auffaſſung hat namhafte Juriſten irregeleitet und in Fragen, welche practiſch von großer Bedeutung ſind, zu falſchen Conſequenzen geführt. Man hat behauptet, im Falle der Zerſtörung der anvertrauten Sache ſei der Schuldner an ſich verpflichtet, den Werth zu leiſten, alſo die Befreiung des Schuldners im Falle der caſuellen Zerſtörung der Sache ſei ein reines jus singulare; der Schuldner müſſe daher behaupten, und folglich auch beweiſen, daß die Sache durch

147) Heft III. S. 67.

Digitized by Google

casus untergegangen sei; die Klage auf Erstattung des Werths sei an sich begründet, der Schuldner habe nur ein exceptio casus, d. h. ein Recht, die an sich fundirte Klage unwirksam zu machen[148]). Diese ganze Deduction ist unrichtig, weil ihre Basis ein Irrthum ist. Wenn aus einem Creditverhältniß die anvertraute Sache in specie zu restituiren ist: so ist die Sache selbst der Gegenstand der Restitutionspflicht, und nur folgeweise der Werth, der sich daran knüpft. Der geschuldete Werth geht also unter mit der Zerstörung der Sache, der Schuldner wird also frei, möge die Sache casu oder culpa untergehen. Im Falle prästabler Verschuldung tritt eine ganz neue Pflicht des Schuldners zum Schadenersatz ein, welche, wenn man sie auch auf die stillschweigende Vereinbarung der Contrahenten zurückführen kann, doch ihr eignes, selbstständiges Fundament hat. Jene stillschweigende Vereinbarung geht eben dahin, der Schuldner wolle, falls die Sache und mithin der creditirte Werth ganz oder theilweise untergehe, den zerstörten Werth ersetzen, wenn die Zerstörung auf seiner Verschuldung beruhe. Die Voraussetzung seiner Ersatzpflicht ist also seine Verschuldung, diese muß folglich der Gläubiger, der Ersatz fordert, als wesentliches Fundament seiner Klage behaupten und folglich auch beweisen. Die Befreiung des Schuldners im Falle der casuellen Zerstörung der Sache beruht also nicht auf jus singulare; sie ist kein privilegium, welches auf den vagen Begriff der aequitas zurückzuführen wäre, sondern eine einfache Consequenz. Wenn die Römer die Klage auf Restitution der Sache selbst und im Falle ihres Untergangs die Klage auf Ersatz mit demselben Namen bezeichnen, wenn es z. B. heißt: die deponirte

---

[148]) Vgl. Puchta, Pand. § 267. a. E.

Digitized by Google

Sache werde mit der actio depositi zurückgefordert, und falls der Schuldner sie durch culpa lata zerstört habe, finde ebenfalls die actio depositi auf Schadenersatz statt: so ist dies eine bloße, historisch zu erklärende [149]) Formalität. Diese rein zufällige Nomenclatur kann keine Norm abgeben für die materielle Entscheidung der vorliegenden Frage.

2) Der Creditor setzt in den Schuldner das Vertrauen, daß er den creditirten Werth rechtzeitig restituiren werde. Auch diese Pflicht des Schuldners versteht sich so sehr von selbst, daß verständige Contrahenten darüber nicht einmal eine Verabredung treffen werden. Auch in dieser Beziehung kann man ferner sagen: — wenn der Schuldner nicht diese Verpflichtung übernähme, würden Creditverhältnisse überall nicht eingegangen werden. Auch diese Pflicht haben daher die Römer zur Rechtspflicht gemacht und sie auf die bona fides zurückgeführt. Da ein Creditverhältniß an sich nicht auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist, so folgt, daß der Schuldner an sich nicht verpflichtet ist, unaufgefordert zu leisten. Der Gläubiger muß daher, wenn er das Creditverhältniß auflösen will, eine Aufforderung an den Schuldner richten. Da aber andererseits das Creditverhältniß den Gläubiger nicht zwingt, eine bestimmte Zeit hindurch zu warten: so kann er zu jeder Zeit die Auffor-

---

[149]) Sie beruht einmal darauf, daß pacta adjecta, welche einem bonae fidei negotium angehängt sind (folglich auch stillschweigende Nebenverträge), mit der Klage aus dem Hauptgeschäft realisirt werden. Das heißt: solche pacta adjecta bilden formell Theile des Hauptgeschäfts. Damit ist aber nicht gesagt, daß, wer aus einem pactum adjectum Rechte herleitet, sich einfach auf das Hauptgeschäft berufen könne. Die auf das pactum adjectum beruhenden Rechte haben vielmehr ihr eignes Fundament. Ein zweiter Grund jener Nomenclatur ist, daß die Klage auf Restitution der Sache und auf Schadenersatz in demselben Indicium von den Römern verhandelt wurde.

Digitized by Google

derung an den Schuldner richten [150]). Diese Aufforderung, welche eine einseitige Willenserklärung ist, heißt Mahnung, bei den Römern interpellatio [151]); wo es sich um Rückgabe von Werthen handelt, welche zur Nutzung übergeben worden sind, da heißt die Mahnung Kündigung. So bei der Miethe und dem zinsbaren Darlehen. Nur durch besondere Nebenverträge [152]) oder durch Gesetz [153]) kann dem Creditverhältnisse eine bestimmte Dauer gegeben werden. Ein solcher Termin heißt dies; denn ein Tag war bei den Römern der kleinste juristische Zeittheil: der Tag ist ein juristischer Moment [154]). Wenn ein solcher Termin gesetzt ist: so ist eine Mahnung vor dem Termin ohne alle Bedeutung [155]). Der Termin kann direct durch Festsetzung eines bestimmten Tages oder einer bestimmten Frist angeordnet werden, aber auch indirect, so daß der Termin erst aus einem andern Factum geschlossen werden muß. So z. B. wenn eine Sache zu einem bestimmten, auf eine gewisse Zeit beschränkten Gebrauch ausgeliehen wird. Hierher gehört die dos, deren Nutzungen dem Ehemann nur für die Dauer der Ehe eingeräumt werden [156]). Der Termin kann

---

[150]) Wer Mahnungen zu erwarten hat, muß im Fall seiner Abwesenheit einen Procurator zurücklassen; denn eine wegen Abwesenheit des Schuldners nicht zu beschaffende Mahnung gilt als beschafft. L. 23. § 1. D. d. usuris (22. 1).

[151]) L. 32. D. eod.

[152]) Der Nebenvertrag kann ein stillschweigender sein. So bei der Bestellung einer dos: — das Creditverhältniß dauert selbstverständlich bis zur Auflösung der Ehe.

[153]) So bei der dos rücksichtlich der Mobiliargegenstände. S. unten Note 157.

[154]) Puchta, Pand. § 75. Ereignisse, welche an demselben Tage eintreten, sind also (juristisch) gleichzeitig eingetreten. Dieser Satz hat einen practischen Grund; es wäre nicht durchführbar, überall nach Momenten zu rechnen.

[155]) L. 49. § 3. D. d. V. O. (45. 1).

[156]) L. un. § 7. C. d. rei uxor. act. (5. 13).

Digitized by Google

ein absolut oder relativ bestimmter sein; letzteres, wenn eine bestimmte Frist nach geschehener Kündigung gesetzt ist. Auch das Gesetz kann einen solchen relativ bestimmten Termin festsetzen. So hat der Ehemann gesetzlich eine Jahresfrist zur Restitution aller Dotalgegenstände, welche keine Grundstücke sind[157]).

Es giebt ein Geschäft, zu dessen Begriff es gehört, daß kein dies gesetzt ist. Dies ist das precarium, dem die Gebrauchsüberlassung auf beliebigen Widerruf wesentlich ist. Durch dieses Moment allein unterscheidet sich das precarium vom commodatum[158]). Es ist die Frage: — wenn dem Creditverhältniß eine bestimmte Dauer gesetzt ist, ob dann der Schuldner verpflichtet ist, an dem fraglichen Termin oder nach Ablauf der gesetzten Frist unaufgefordert die Rückleistung zu offeriren, oder ob er noch erst eine Mahnung abwarten darf? Das Bestreben der Trägheit, überall eine feste, äußere, leicht anwendliche Handhabe zu besitzen, hat hier nach einer allgemeinen Regel gesucht[159]). Eine solche allgemeine Regel läßt sich nicht geben; wie in concreto zu entscheiden sei, ist lediglich quaestio facti. Daher sagt Ulpian mit Bezug auf Pomponius: Difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla neque juris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam juris[160]). Es

[157]) cit. l. un. § 7.

[158]) L. 1. pr. D. d. precario (43. 26): Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur. Vgl. § 3. eod.: Et est simile commodato. S. oben S. 57. 58.

[159]) Eine ähnliche Erfindung der Bequemlichkeit ist der Satz, daß wer sich auf eine Stelle des corpus juris berufe, fundatam intentionem habe. Ebenso bequem machten es sich früher die Criminalisten, indem sie den dolus präsumirten.

[160]) L. 32. pr. D. d. usur. (22. 1).

Digitized by Google

giebt Fälle, wo die Absicht entschieden dahin geht, daß eine weitere Mahnung nicht erfolgen solle, und wiederum Fälle, wo diese Absicht nicht so entschieden feststeht. Nur Minderjährige und der Fiscus haben für die Creditverhältnisse, in welche sie treten, das Privilegium, daß ihre Schuldner ohne weitere Mahnung zu leisten verpflichtet sind [161]). Die Theorie kann nur die Aufgabe haben, zu untersuchen, wie im Zweifel, d. h. dann zu entscheiden sei, wenn die Absicht der Contrahenten nicht zu ergründen ist. Und sehr natürlich muß sie dahin entscheiden, daß die Setzung des Termins an sich nur die Bedeutung habe, daß eine Mahnung vor demselben nicht stattfinden dürfe, und daß es bei dieser Bedeutung des dies im Zweifel bewenden müsse, da ein Plus dem Schuldner nicht nachgewiesen werden könne. Deshalb heißt es auch bei den Römischen Juristen: diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore [162]). Wenn der Schuldner nicht leistet, sobald er rechtlich dazu verpflichtet ist, so tritt ein Zustand ein, den die Römer mora nennen. Die nachtheilige Folge für den Gläubiger ist stets der Verlust des Gebrauchswerths des creditirten Objects für die Dauer der mora [163]). Dieser besteht bei Geldschulden mindestens in den entbehrten Zinsen, welche hier Verzugszinsen genannt werden. Außerdem kann ein Zufall das Object deteriorizen oder vernichten; auch können noch sonstige indirecte Nach-

---

[161]) L. 3. C. in quib. caus. in int. restit. (12. 41): In minorum persona re ipsa et ex solo tempore tardae pretii solutionis recepto jure moram fieri creditum est. Das Römische Recht hat den Grundsatz, Minderjährige und den Fiscus möglichst gegen Nachtheile zu schützen. Aus diesem Princip, welches die Quelle mancher anderen Privilegien geworden, ist auch dieses Privilegium geflossen.

[162]) L. 41. § 1. D. d. V. O. (45. 1).

[163]) Tit. Dig. 22. 1: de usuris . . . . et mora.

Digitized by Google

theile für den Gläubiger entstehen. Die Pflicht des Schuldners zur rechtzeitigen Restitution würde wenig nützen, wenn nicht gleichzeitig ein hinlänglicher indirecter Zwang bestände, daß er diese Pflicht auch erfülle. Dieser Zwang liegt in der weiteren rechtlichen Verpflichtung, den durch die mora verursachten Schaden zu ersetzen. Auch diese eventuelle Klage auf Schadensersatz ist ein nothwendiges Mittel zur Begründung des Credits. Der moroſe Schuldner hat aber nur den durch ihn verschuldeten Schaden zu ersetzen. Wenn daher ein casus die Sache beim Schuldner deteriorirt oder vernichtet, so ist er frei, sobald feststeht, daß der casus auch beim Gläubiger eingetreten wäre, wenn die Leistung rechtzeitig erfolgt wäre [164]). Ebenso, wenn der Schuldner casu verhindert wurde, zu leisten. Eine solche casuelle Verhinderung beruht aber stets auf außergewöhnlichen Umständen [165]), so daß also regelmäßig anzunehmen ist, daß im Fall der mora auch eine culpa debitoris vorliegt. Die culpa darf also hier mit Recht präsumirt werden, und der Beweis der casuellen Verhinderung rechtzeitig zu leisten gehört also zum directen Gegenbeweise des Schuldners. Wegen jener Präsumption kann man mit einzelnen Juristen füglich sagen: — die mora sei Nichts weiter, als culpa rücksichtlich der Zeit der Leistung. Auch diese Pflicht des Schuldners zum Ersatz des Interesses ist eine durchaus selbstständige, und vom Creditverhältniß zu trennende [166]).

Der eigenthümliche Zweck des Creditgeschäfts kann noch

---

[164]) Hieraus folgt unzweifelhaft, daß nicht die mora an sich, sondern die culpa zum Schadensersatz verpflichtet. L. 14. § 1. Depositi (16. 3): — absolvi eum, cum quo actum est, quum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.

[165]) Puchta, Pand. S. 269. Note l.

[166]) Vgl. oben S. 59.

Digitized by Google

eine anderweitige Pflicht des Schuldners nöthig machen, welche nicht aus dem Begriffe des Credits von selbst sich ergiebt. Wenn Werthe anvertraut werden, damit der Schuldner sie administrire, ein Gewerbe damit betreibe für Rechnung des Gläubigers, mit Einem Worte, damit er darüber gewisse Dispositionen treffe: so würde nach Beendigung des Creditverhältnisses der Gläubiger sich über seine Rechte gegen den Schuldner gar nicht orientiren können, wenn der Schuldner nicht rechtlich verpflichtet wäre, über das Schicksal der empfangenen Werthe Bericht zu erstatten. Die Römer machen daher in allen solchen Fällen dem Schuldner das „rationem reddere“ zur Pflicht und dehnen diese Verpflichtung sehr practisch auf alle diejenigen aus, welche unaufgefordert fremde negotia gerirt haben, selbst dann, wenn das negotium ein rein objectives ist[167]). Man übersetzt den Ausdruck „rationem reddere“ gewöhnlich durch Rechnungs-Ablage, wodurch der Irrthum erzeugt wird, daß das „rationem reddere“ nur schriftlich geschehen könne. Der Zweck ist nur: den Gläubiger zu orientiren, und dies kann bei einfachen Verhältnissen ebenso gut mündlich als schriftlich geschehen[168]). Man sollte daher nicht von Rechnungsablage, sondern von Berichterstattung reden. Diese Pflicht des Schuldners ist eine durchaus selbstständige, und wenn die Römer die Klage auf Berichterstattung ebenso benennen, wie die Klage auf Rückgabe der anvertrauten Werthe, so ist dies wieder etwas rein Formelles, das historisch zu erklären ist. Ueber die Frage, unter welchen Umständen ein Schuldner zur Berichterstattung

167) Siehe Dankwardt, a. a. O. § 15. § 16. Nr. 2. § 22.

168) Wenn der Schuldner nicht schreiben kann, muß man sich ohnehin schon mit einem mündlichen Bericht begnügen.

Digitized by Google

verpflichtet ist, entscheidet nur der Zweck, nicht die sonstige juristische Natur des Creditgeschäfts. Ob z. B. das Verhältniß Mandat oder locatio conductio ist, kommt gar nicht in Betracht. Es ist daher nicht zu billigen, wenn unsere Lehrer des Civilrechts durchweg die Pflicht zur Rechnungsablage als Gegenstand einzelner Klagen behandeln, und lehren, daß die actio mandati directa auf Rechnungsablage gehe, während sie bei der actio locati und conducti diese Frage ganz mit Stillschweigen übergehen. Dies ist sehr geeignet, in dem angehenden Juristen Irrthum und Verwirrung hervorzubringen. Die Frage über die Pflicht zur Rechnungsablage gehört, so lange man bei dem gangbaren System beharrt, in den allgemeinen Theil des Obligationsrechts. Auch hier ist hervorzuheben, daß die rechtliche Pflicht zum rationem reddere eine wesentlich nothwendige Maßregel zur Begründung des Credits ist. Ohne diese Einrichtung würden Werthe zur Administration ꝛc. überhaupt nicht, oder doch nur an Freunde und Bekannte weggegeben werden können [169]).

Wir recapituliren am Schluß dieser Erörterung: 1) aus dem Wesen des Credits folgt nur die Pflicht des Schuldners, den empfangenen Werth zu restituiren; dieser Werth

[169]) Es ist bei dieser Gelegenheit die Gesetzgebung auf einen großen Mangel unseres Rechtszustandes aufmerksam zu machen. Die Böswilligkeit oder Nachlässigkeit des Schuldners, der zur Rechnungsablage verpflichtet ist, kann den Gläubiger, der sie zu fordern berechtigt ist, in große Verlegenheiten und endlose processualische Weitläufigkeiten bringen. Es ist ein dringendes practisches Bedürfniß vorhanden, ein Gesetz zu erlassen, welches bestimmt, daß, wenn der zur Rechnungsablage verurtheilte Schuldner (Vormund, Curator, socius, Mandatar, Testamentsvollstrecker ꝛc.) sich weigert, oder erklärt, daß er keine Rechnung geführt habe, oder eine unbrauchbare Rechnung ablegt, der Gläubiger sofort zum juramentum in litem rücksichtlich seiner vermeintlichen Schadensansprüche zu lassen und außerdem der Schuldner zu bestrafen sei.

Digitized by Google

ist regelmäßig ein concreter, also veränderlicher, und nur ausnahmsweise auf Grund eines besondern Vertrags ein abstracter, also unveränderlicher. 2) Wo eine anvertraute Sache in specie zu restituiren ist, tritt die besondere Pflicht zur Erstattung der durch culpa des Schuldners zerstörten Werthe ein. Der Grad der zu prästirenden Diligenz kann je nach der Natur des Creditgeschäfts verschieden sein. Eine culpa des Schuldners liegt regelmäßig auch dann vor, wenn er nicht rechtzeitig leistet. 3) Wo Werthe creditirt werden, um darüber für Rechnung des Gläubigers irgend welche Dispositionen zu treffen, ist eine weitere Verpflichtung des Schuldners zur Berichterstattung begründet. Dieselbe Verpflichtung trifft Denjenigen, der sich unaufgefordert mit fremden Vermögensobjecten befaßt und darüber disponirt, möge er dies im Interesse des Vermögenssubjectes oder in eigennütziger Absicht thun, und gleichviel, ob die Disposition auf einem Irrthum beruht oder nicht.

XI. Mit dem Begriff des Credits entsteht der Begriff der Zahlung.

Der Schuldner hat den creditirten Werth, und bei Creditverträgen auch in der verabredeten Form zurückzuleisten. Es wurde bereits erwähnt [170]), daß rücksichtlich der letzteren die Römer zur alten Rechtsanschauung zurückgekehrt sind und das Princip, der Schuldner sei nur in einen abstracten Werth zu verurtheilen, wieder aufgegeben haben. Indessen hat doch die Form nur eine untergeordnete Bedeutung. Kann bei Geldschulden der Schuldner Vermögens-

[170]) Heft III. S. 82.

Digitized by Google

stücke nicht in Geld umsetzen, um seine Schuld in der verabredeten Form zu bezahlen: so muß sich der Gläubiger begnügen, wenn ihm nach seiner Wahl ein anderes Werthobject offerirt wird.[171]). In wie weit die Verpflichtung des Schuldners Modificationen erleiden kann, ist oben besprochen worden. Die fortschreitende Civilisation hat auch hier einen wesentlichen Einfluß ausgeübt. Dieser bestand zunächst darin, daß auch bei der Zahlung die präsumtive voluntas des Schuldners berücksichtigt wurde. So, wenn Jemand bei demselben Gläubiger in verschiedenen Schuldverhältnissen steht und eine Zahlung macht, ohne anzugeben, welche Schuld er tilgen wolle[172]). Die Römer haben ferner den Begriff des Credits mit seinen Consequenzen dem Princip der Sittlichkeit untergeordnet, indem sie dem Gläubiger die volle Rechtshülfe versagen, wo die strenge und rücksichtslose Verfolgung des Schuldners eine Unsittlichkeit sein würde. Diese kann ihren Grund theils in einem besonderen Pietätsverhältnisse des Gläubigers zum Schuldner, theils in der Natur des fraglichen Schuldverhältnisses haben. Der Richter ist in diesen Fällen angewiesen, den Schuldner nur zu verurtheilen, in quantum facere potest, d. h. es muß dem Schuldner soviel gelassen werden als er zu seinem Unterhalte schlechterdings bedarf. Endlich haben sie jedem Schuldner gestattet, den Nachtheilen einer Klage dadurch vorzubeugen, daß er seinen Gläubigern freiwillig sein Vermögen abtritt. Diese cessio bonorum wird da von besonderer Wichtigkeit, wo die Execution nicht blos gegen das Vermögen,

---

[171]) Puchta, Pand. § 240.

[172]) Puchta, Pand. § 287.

Digitized by Google

ſondern auch gegen die Perſon des Schuldners gerichtet iſt[173]); aber auch in andern Fällen iſt ſie von nicht geringer Bedeutung, indem die Römer es für eine Unſittlichkeit halten, den Schuldner, welcher bonis cedirt hat, wiederum anzugreifen, bevor er mehr Vermögen erworben hat, als er gebraucht[174]).

---

[173]) So heut zu Tage im Wechſelrecht.

[174]) Puchta, Pand. § 243. 244. 245.

E. G. M.
11/26/26

Roſtock 1859. Druck von Adler's Erben.

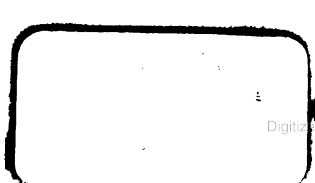
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

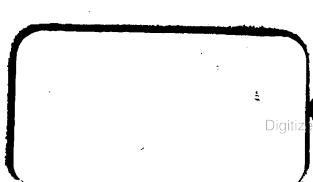
Digitized by Google



6374

Digitized by Google

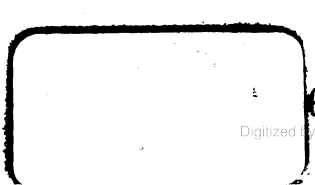
Digitized by Google



6374

Digitized by Google

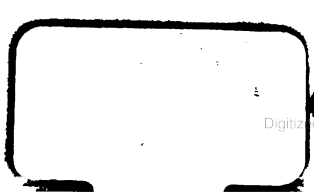
Digitized by Google



6374

Digitized by Google

Digitized by Google



6374

Digitized by Google

Digitized by Google